بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
علاء الدين الكاساني
سنة الولادة / سنة الوفاة 587
تحقيق
الناشر دار الكتاب العربي
سنة النشر 1982
مكان النشر بيروت
عدد الأجزاء 7

وَالْمَحِلُّ مُحْتَمِلٌ لِلْقِسْمَةِ فَيَقْتَسِمَانِ نِصْفَيْنِ
وَلَوْ سَلَّمَ أَحَدُهُمَا النِّصْفَ إلَى صَاحِبِهِ فَضَاعَتْ ضمن (((فمن))) الْمُسَلَّم نِصْفُ الْوَدِيعَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لَا يَضْمَنُ الْقَابِضُ شيئًا بِالْإِجْمَاعِ
وَلَوْ كانت الْوَدِيعَةُ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُسَلِّمَ الْكُلَّ إلَى صَاحِبِهِ وإذا فَعَلَ فَضَاعَتْ لَا ضَمَانَ عليه بالأجماع
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمَالِكَ لَمَّا استحفظهما (((استحفظها))) فَقَدْ رضي بِيَدِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا على كل الْوَدِيعَةِ كما إذَا لم تَكُنْ الْوَدِيعَةُ مُحْتَمِلَةً لِلْقِسْمَةِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَالِكَ اسْتَحْفَظَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا في بَعْضِ الْوَدِيعَةِ لَا في كُلِّهَا فَكَانَ رَاضِيًا بِثُبُوتِ يَدِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا على الْبَعْضِ دُونَ الْكُلِّ وَهَذَا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَمَّا استحفظهما (((استحفظها))) جميعا فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ في حِفْظِهِمَا جميعا وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ في يَدِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلِاسْتِحَالَةِ فَيُقْسَمُ لِيَكُونَ النِّصْفُ في يَدِ أَحَدِهِمَا وَالنِّصْفُ في يَدِ الْآخَرِ فإذا كان الْمَحَلُّ مُحْتَمِلًا لِلْقِسْمَةِ لم (((ولم))) يَكُنْ رَاضِيًا بكون (((يكون))) الكل في يَدِ أَحَدِهِمَا فإذا فَعَلَ فَقَدْ خَالَفَهُ فَدَخَلَ في ضَمَانِهِ فإذا ضَاعَ ضَمِنَ بِخِلَافِ ما إذَا لم يَكُنْ مُحْتَمِلًا لِلْقِسْمَةِ لِأَنَّهُ إذَا لم يَحْتَمِلْ تَعَذَّرَ أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ في حِفْظِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا على التَّوْزِيعِ في زَمَانٍ وَاحِدٍ فَكَانَ رَاضِيًا بِكَوْنِهِ في يَدِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا في زَمَانَيْنِ على التَّهَايُؤِ فلم يَصِرْ مُخَالِفًا بِالدَّفْعِ فَهُوَ الْفَرْقُ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الذي ذَكَرْنَا الْمُرْتَهِنَانِ وَالْوَكِيلَانِ بِالشِّرَاءِ إذَا كان الْمَرْهُونُ وَالْمُشْتَرَى مِمَّا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ فَسَلَّمَهُ أَحَدُهُمَا إلَى صَاحِبِهِ
وَأَمَّا الثَّانِي وهو الْكَلَامُ فِيمَا فيه تُحْفَظُ الْوَدِيعَةُ فَإِنْ كان الْعَقْدُ مُطْلَقًا فَلَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا فِيمَا يَحْفَظُ فيه مَالَ نَفْسِهِ من دَارِهِ وَحَانُوتِهِ وَكِيسِهِ وَصُنْدُوقِهِ لِأَنَّهُ ما الْتَزَمَ حِفْظَهَا إلَّا فِيمَا يَحْفَظُ فيه مَالَ نَفْسِهِ وَلَيْسَ له أَنْ يَحْفَظَ في حِرْزِ غَيْرِهِ لِأَنَّ حِرْزَ غَيْرِهِ في يَدِ ذلك الْغَيْرِ وَلَا يَمْلِكُ الْحِفْظَ بيده فَلَا يَمْلِكُهُ بِمَا في يَدِهِ أَيْضًا إلَّا إذَا اسْتَأْجَرَ حِرْزًا لِنَفْسِهِ فَلَهُ أَنْ يَحْفَظَ فيه لِأَنَّ الْحِرْزَ في يَدِهِ فما في الْحِرْزِ يَكُونُ في يَدِهِ أَيْضًا فَكَانَ حَافِظًا بِيَدِ نَفْسِهِ فَمَلَكَ ذلك وَلَهُ أَنْ يَحْفَظَ الْحَضَرَ وَالسَّفَرَ بِأَنْ يُسَافِرَ بها عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ سَوَاءٌ كان لِلْوَدِيعَةِ حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ أو لم يَكُنْ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ إنْ كان لها حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ لَا يَمْلِكُ الْمُسَافَرَةَ بها وَإِنْ لم يَكُنْ يَمْلِكُ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَمْلِكُ كَيْفَ ما كان

أَمَّا الْكَلَامُ مع الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَوَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْمُسَافَرَةَ بالوديعة تَضْيِيعُ الْمَالِ لِأَنَّ الْمَفَازَةَ مَضْيَعَةٌ قال النبي عليه أَفْضَلُ التَّحِيَّةِ الْمُسَافِرُ وَمَالُهُ على قَلْبٍ إلَّا ما وَقَى اللَّهُ فَكَانَ التَّحْوِيلُ إليهما (((إليها))) تَضْيِيعًا فَلَا يَمْلِكُهُ الْمُودَعِ

وَلَنَا أَنَّ الْأَمْرَ بِالْحِفْظِ صَدَرَ مُطْلَقًا عن تَعْيِينِ الْمَكَانِ فَلَا يَجُوزُ التَّعْيِينُ إلَّا بِدَلِيلٍ قَوْلُهُ الْمَفَازَةُ مَضْيَعَةٌ قُلْنَا مَمْنُوعٌ أو نَقُولُ إذَا كان الطَّرِيقُ مَخُوفًا أَمَّا إذَا كان أمنا فَلَا وَالْكَلَامُ فِيمَا إذَا كان الطَّرِيقُ أمنا وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ على ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ حين كانت الْغَلَبَةُ لِلْكَفَرَةِ وَكَانَتْ الطَّرِيقُ مَخُوفَةً

وَنَحْنُ بِهِ نَقُولُ

وَأَمَّا الْكَلَامُ مع أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ فَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ في الْمُسَافَرَةِ بِمَالِهِ حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ ضَرَرًا بِالْمَالِكِ لِجَوَازِ أَنْ يَمُوتَ الْمُودَعُ في السَّفَرِ فَيَحْتَاجُ إلَى الِاسْتِرْدَادِ من مَوْضِعٍ لَا يُمْكِنُهُ ذلك إلَّا بِحِمْلٍ وَمُؤْنَةٍ عَظِيمَةٍ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ وَلَا كَذَلِكَ إذَا لم يَكُنْ لها حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا مع الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْأَمْرَ بِالْحِفْظِ لَا يَتَعَرَّضُ لِمَكَانٍ دُونَ مَكَانٍ وَلَا يَجُوزُ تَقْيِيدُ الْمُطْلَقِ من غَيْرِ دَلِيلٍ

قَوْلُهُمَا فيه ضَرَرٌ

قُلْنَا هذا النَّوْعُ من الضَّرَرِ ليس بِغَالِبٍ فَلَا يَجِبُ دَفْعُهُ على أَنَّهُ إنْ كان فَهُوَ الذي أَضَرَّ بِنَفْسِهِ حَيْثُ أَطْلَقَ الْأَمْرَ وَمَنْ لم يَنْظُرْ لِنَفْسِهِ لَا يُنْظَرُ له

هذا إذَا كان الْعَقْدُ مُطْلَقًا عن شَرْطٍ في الْفَصْلَيْنِ جميعا فَأَمَّا إذَا شَرَطَ فيه شَرْطًا نَظَرَ فيه إنْ كان شَرْطًا يُمْكِنُ اعْتِبَارُهُ وَيُفِيدُ اُعْتُبِرَ وَإِلَّا فَلَا

بَيَانُ ذلك إذَا أَمَرَهُ بِالْحِفْظِ وَشَرَطَ عليه أَنْ يُمْسِكَهَا بيده لَيْلًا وَنَهَارًا وَلَا يَضَعُهَا فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ حتى لو وَضَعَهَا في بَيْتِهِ أو فِيمَا يُحْرِزُ فيه ما له عَادَةً فَضَاعَتْ لَا ضَمَانَ عليه لِأَنَّ إمْسَاكَ الْوَدِيعَةِ بيده بِحَيْثُ لَا يَضَعُهَا أَصْلًا غير مَقْدُورٍ له عَادَةً فَكَانَ شَرْطًا لَا يُمْكِنُ مُرَاعَاتُهُ فيلغو (((فيلغى)))

وَلَوْ أَمَرَهُ بِالْحِفْظِ وَنَهَاهُ أَنْ يَدْفَعَهَا إلَى امْرَأَتِهِ أو عَبْدِهِ أو وَلَدِهِ الذي هو في عِيَالِهِ أو من يَحْفَظُ مَالَ نَفْسِهِ بيده عَادَةً نَظَرَ فيه إنْ كان لَا يَجِدُ بُدًّا من الدَّفْعِ إلَيْهِ له أَنْ يَدْفَعَ لِأَنَّهُ إذَا لم يَجِدْ بُدًّا من الدَّفْعِ إلَيْهِ كان النَّهْيِ عن الدَّفْعِ إلَيْهِ نَهْيًا عن الْحِفْظِ فَكَانَ سَفَهًا فَلَا يَصِحُّ نَهْيُهُ وَإِنْ كان يَجِدُ بُدًّا من الدَّفْعِ إلَيْهِ ليس له أَنْ يَدْفَعَ

وَلَوْ دَفَعَ يَدْخُلُ في ضَمَانِهِ لِأَنَّهُ إذَا كان (((فكان))) له منه يد (((بد))) في الدَّفْعِ إلَيْهِ أَمْكَنَ اعْتِبَارُ الشَّرْطِ وهو مُفِيدٌ لِأَنَّ الْأَيْدِيَ في الْحِفْظِ مُتَفَاوِتَةٌ وَالْأَصْلُ في الشُّرُوطِ اعْتِبَارُهَا ما أَمْكَنَ

وَلَوْ قال لَا تُخْرِجْهَا من الْكُوفَةِ فَخَرَجَ بها تَدْخُلُ في ضَمَانِهِ لِأَنَّهُ شَرْطٌ يُمْكِنُ اعْتِبَارُهُ وهو مُفِيدٌ

لِأَنَّ الْحِفْظَ في الْمِصْرِ أَكْمَلُ من الْحِفْظِ في السَّفَرِ إذْ السَّفَرُ مَوْضِعُ الْخَطَرِ إلَّا إذَا خَافَ التَّلَفَ عليها فَاضْطُرَّ إلَى الْخُرُوجِ بها فَخَرَجَ لَا تَدْخُلُ في ضَمَانِهِ لِأَنَّ الْخُرُوجَ بها في هذه الْحَالَةِ طَرِيقٌ مُتَعَيِّنٌ لِلْحِفْظِ كما إذَا وَقَعَ في دَارِهِ حَرِيقٌ أو كان في سَفِينَةٍ فَخَافَ الْغَرَقَ فَدَفَعَهَا إلَى غَيْرِهِ

وَلَوْ قال له احْفَظْ الْوَدِيعَةَ في دَارِكَ هذه فَحَفِظَهَا في دَارٍ له أُخْرَى فَإِنْ كانت الدَّارَانِ في الْحِرْزِ سَوَاءً أو كانت الثَّانِيَةُ أَحْرَزَ لَا تَدْخُلُ في ضَمَانِهِ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ غَيْرُ مُفِيدٍ وَإِنْ كانت الْأُولَى أَحْرَزَ من الثَّانِيَةِ دَخَلَتْ في ضَمَانِهِ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ بِهِ عِنْدَ تَفَاوُتِ الْحِرْزِ مُفِيدٌ

وَكَذَلِكَ لو أَمَرَهُ أَنْ يَضَعَهَا في دَارِهِ في هذه الْقِرْيَةِ وَنَهَاهُ عن أَنْ يَضَعَهَا في دَارِهِ في قَرْيَةٍ أُخْرَى فَهُوَ على هذا التَّفْصِيلِ

وَلَوْ قال له أخبئها (((أخبأها))) في هذا الْبَيْتِ وَأَشَارَ إلَى بَيْتٍ مُعَيَّنٍ في دَارِهِ فَخَبَّأَهَا في بَيْتٍ آخَرَ في تِلْكَ الدَّارِ لَا تَدْخُلُ في ضَمَانِهِ لِأَنَّ الْبَيْتَيْنِ من دَارٍ وَاحِدَةٍ لَا يَخْتَلِفَانِ في الْحِرْزِ عَادَةً بِخِلَافِ الدَّارَيْنِ فَلَا يَكُونُ التَّعْيِينُ مُفِيدًا حتى لو تَفَاوَتَا بِأَنْ كان الْأَوَّلُ أَحْرَزَ من الثَّانِي تَدْخُلُ في ضَمَانِهِ

وَالْأَصْلُ الْمَحْفُوظُ في هذا الْبَابِ ما ذَكَرْنَا أَنَّ كُلَّ شَرْطٍ يُمْكِنُ مُرَاعَاتُهُ وَيُفِيدُ فَهُوَ مُعْتَبَرٌ وَكُلُّ شَرْطٍ لَا يُمْكِنُ مُرَاعَاتُهُ وَلَا يُفِيدُ فَهُوَ هَدَرٌ وَهَذَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَجِبُ مُرَاعَاةُ الشُّرُوطِ في الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا حتى إن الْمَأْمُورَ بِالْحِفْظِ في بَيْتٍ مُعَيَّنٍ لَا يَمْلِكُ الْحِفْظَ في بَيْتٍ آخَرَ من دَارٍ وَاحِدَةٍ وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْأَصْلَ اعْتِبَارُ تَصَرُّفِ الْعَاقِلِ على الْوَجْهِ الذي أَوْقَعَهُ فَلَا يَتْرُكُ هذا الْأَصْلَ إلَّا لِضَرُورَةٍ ولم تُوجَدْ وَصَارَ كَالدَّارَيْنِ وَالْجَوَابُ نعم إذَا تَعَلَّقَتْ بِهِ عَاقِبَةٌ حَمِيدَةٌ فَأَمَّا إذَا خَرَجَ مَخْرَجَ السَّفَهِ وَالْعَبَثِ فَلَا لِأَنَّ التَّعْيِينَ عِنْدَ انْعِدَامِ التَّفَاوُتِ في الْحِرْزِ يَجْرِي مَجْرَى الْعَبَثِ كما إذَا قال احْفَظْ بِيَمِينِكَ وَلَا تَحْفَظْ بِشِمَالِكَ أو احْفَظْ في هذه الزَّاوِيَةِ من الْبَيْتِ وَلَا تَحْفَظْ في الزَّاوِيَةِ الْأُخْرَى فَلَا يَصِحُّ التَّعْيِينُ لِانْعِدَامِ الْفَائِدَةِ حتى لو تَفَاوَتَا في الْحِرْزِ يَصِحُّ بِخِلَافِ الدَّارَيْنِ وَالْأَصْلُ في الدَّارَيْنِ اخْتِلَافُ الْحِرْزِ فَكَانَ التَّعْيِينُ مُفِيدًا حتى لو لم يَخْتَلِفْ فَالْجَوَابُ فيها كَالْجَوَابِ في الْبَيْتَيْنِ على ما مَرَّ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حَالِ الْوَدِيعَةِ فَحَالُهَا أنها في يَدِ الْمُودَعِ أَمَانَةٌ لِأَنَّ الْمُودَعَ مُؤْتَمَنٌ فَكَانَتْ الْوَدِيعَةُ أَمَانَةً في يَدِهِ وَيَتَعَلَّقُ بِكَوْنِهَا أَمَانَةً أَحْكَامٌ منها وُجُوبُ الرَّدِّ عِنْدَ طَلَبِ الْمَالِكِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ { إنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إلَى أَهْلِهَا } حتى لو حَبَسَهَا بَعْدَ الطَّلَبِ فَضَاعَتْ ضَمِنَ

هذا إذَا كانت الْوَدِيعَةُ لِرَجُلٍ وَاحِدٍ فَأَمَّا إذَا كانت مُشَاعًا لِرَجُلَيْنِ فَجَاءَ أَحَدُهُمَا وَطَلَبَ حِصَّتَهُ لَا يَجِبُ عليه الرَّدُّ بِأَنْ أَوْدَعَ رَجُلَانِ رَجُلًا وَدِيعَةً دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ أو (((وثيابا))) ثيابا وَغَابَ ثُمَّ جَاءَهُ أَحَدُهُمَا وَطَلَبَ بَعْضَهَا وَأَبَى الْمُسْتَوْدَعُ ذلك لم يأمره (((يأمر))) الْقَاضِي بِدَفْعِ شَيْءٍ إلَيْهِ ما لم يَحْضُرْ الْغَائِبُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ

وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يُقَسِّمُ ذلك وَيَدْفَعُ إلَيْهِ حِصَّتَهُ وَلَا يَكُونُ ذلك قِسْمَةً جَائِزَةً على الْغَائِبِ بِلَا خِلَافٍ حتى لو هَلَكَ الْبَاقِي في يَدِ الْمُودَعِ ثُمَّ جاء الْغَائِبُ له أَنْ يُشَارِكَ صَاحِبَهُ في الْمَقْبُوضِ عِنْدَهُمْ جميعا

وَلَوْ هَلَكَ الْمَقْبُوضُ في يَدِ الْقَابِضِ ثُمَّ جاء الْغَائِبِ فَلَيْسَ لِلْقَابِضِ أَنْ يُشَارِكَ صَاحِبَهُ في الْبَاقِي

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْآخِذَ بِأَخْذِ حِصَّتِهِ مُتَصَرِّفٌ في مِلْكِ نَفْسِهِ فَكَانَ له ذلك من غَيْرِ حَضْرَةِ الْغَائِبِ كما إذَا كان لِرَجُلَيْنِ دَيْنٌ مُشْتَرَكٌ على رَجُلٍ فَجَاءَ أَحَدُهُمَا وَطَلَبَ حِصَّتَهُ من الدَّيْنِ فإنه يَدْفَعُ إلَيْهِ حِصَّتَهُ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا

وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمُودَعَ لو دَفَعَ شيئا إلَى الشَّرِيكِ الْحَاضِرِ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ من النَّصِيبَيْنِ جميعا وَإِمَّا أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ من نَصِيبِهِ خَاصَّةً لَا وَجْهَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ دَفْعَ نَصِيبِ الْغَائِبِ إلَيْهِ مُمْتَنِعٌ شَرْعًا وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي ولأن نَصِيبَهُ شَائِعٌ في كل الْأَلْفِ لِكَوْنِ الْأَلْفِ مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا وَلَا يتميز (((تتميز))) إلَّا بِالْقِسْمَةِ وَالْقِسْمَةُ على الْغَائِبِ غَيْرُ جَائِزَةٍ وَلَوْ سَلَّمْنَا ذلك حتى قَالَا

إذَا جاء الْغَائِبُ وقد هَلَكَ الْبَاقِي له أَنْ يُشَارِكَ الْقَابِضَ في الْمَقْبُوضِ وَلَوْ نَفَذَتْ الْقِسْمَةُ لَمَا شَارَكَهُ فيه لِتَمَيُّزِ حَقِّهِ عن حَقِّ صَاحِبِهِ بِالْقِسْمَةِ وَالْقِيَاسُ على الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الْغَرِيمَ يَدْفَعُ نَصِيبَ أَحَدِ الشركين (((الشريكين))) بِدَفْعِ مَالِ نَفْسِهِ لَا مَالِ شَرِيكِهِ الْغَائِبِ وَهُنَا يَدْفَعُ مَالَ الْغَائِبِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَلَا يَسْتَقِيمُ الْقِيَاسُ وَلَوْ كان في يَدِهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَجَاءَهُ رَجُلَانِ وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ أَوْدَعَهُ إيَّاهَا فقال الْمُودَعُ أَوْدَعَهَا أَحَدُكُمَا وَلَسْتُ أَدْرِي أَيُّكُمَا هو فَهَذَا في الْأَصْلِ لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا إن اصْطَلَحَ الْمُتَدَاعِيَانِ على أَنْ يَأْخُذَا الْأَلْفَ وَتَكُونَ بَيْنَهُمَا وإما إنْ لم يَصْطَلِحَا وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الْأَلْفَ له خَاصَّةً لَا لِصَاحِبِهِ فَإِنْ اصْطَلَحَا على ذلك فَلَهُمَا ذلك وَلَيْسَ لِلْمُودَعِ أَنْ يَمْتَنِعَ عن تَسْلِيمِ الْأَلْفِ إلَيْهِمَا لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّ الْأَلْفَ لِأَحَدِهِمَا وإذا اصْطَلَحَا على أنها تَكُونُ بَيْنَهُمَا لَا يُمْنَعَانِ عن ذلك وَلَيْسَ لَهُمَا أَنْ يَسْتَحْلِفَا

الْمُودَعَ بَعْدَ الصُّلْحِ وَإِنْ لم يَصْطَلِحَا وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الْأَلْفَ له لَا يَدْفَعُ إلَى أَحَدِهِمَا شيئا لِجَهَالَةِ الْمُقِرِّ له بالوديعة وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَسْتَحْلِفَ الْمُودَعَ فَإِنْ اسْتَحْلَفَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَالْأَمْرُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَحْلِفَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَإِمَّا أَنْ يَنْكُلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَإِمَّا أَنْ يَحْلِفَ لِأَحَدِهِمَا وَيَنْكُلَ لِلْآخَرِ فَإِنْ حَلَفَ لَهُمَا فَقَدْ انْقَطَعَتْ خُصُومَتُهُمَا لِلْحَالِ إلَى وَقْتِ إقَامَةِ الْبَيِّنَةِ كما في سَائِرِ الْأَحْكَامِ وَهَلْ يَمْلِكَانِ الِاصْطِلَاحَ على أَخْذِ الْأَلْفِ بَيْنَهُمَا بَعْدَ الِاسْتِحْلَافِ فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ المعروف (((والمعروف))) بين أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَبَيْنَ مُحَمَّدٍ على قَوْلِهِمَا لَا يَمْلِكَانِ وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَمْلِكَانِ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الصُّلْحِ بَعْدَ الْحَلِفِ وقد مَرَّتْ في كِتَابِ الصُّلْحِ

وَإِنْ نَكَلَ لَهُمَا يُقْضَى بِالْأَلْفِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَيَضْمَنُ أَلْفًا أُخْرَى بَيْنَهُمَا فَيَحْصُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفٌ كَامِلَةٌ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي أَنَّ كُلَّ الْأَلْفِ له فإذا نَكَلَ له وَالنُّكُولُ بَذْلٌ أو إقْرَارٌ فَكَأَنَّهُ بَذَلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفًا أو أَقَرَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِأَلْفٍ فَيُقْضَى عليه بَيْنَهُمَا بِأَلْفٍ وَيَضْمَنُ أَيْضًا أَلْفًا أُخْرَى تَكُونُ بَيْنَهُمَا لِيَحْصُلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفٌ كَامِلَةٌ

وَلَو حَلَفَ لِأَحَدِهِمَا وَنَكَلَ لِلْآخَرِ قَضَى بِالْأَلْفِ لِلَّذِي نَكَلَ له وَلَا شَيْءَ لِلَّذِي حَلَفَ له لِأَنَّ النُّكُولَ حُجَّةُ من نَكَلَ له لَا حُجَّةَ من حَلَفَ له

وَمِنْهَا وُجُوبُ الْأَدَاءِ إلَى الْمَالِكِ لِأَنَّ اللَّهَ أَمَرَ بِأَدَاءِ الْأَمَانَاتِ إلَى أَهْلِهَا وَأَهْلُهَا مَالِكُهَا حتى لو رَدَّهَا إلَى مَنْزِلِ الْمَالِكِ فَجَعَلَهَا فيه أو دَفَعَهَا إلَى من هو في عِيَالِ الْمَالِكِ دَخَلَتْ في ضَمَانِهِ حتى لو ضَاعَتْ يَضْمَنُ بِخِلَافِ الْعَارِيَّةِ فإن الْمُسْتَعِيرَ لو جاء بِمَتَاعِ الْعَارِيَّةِ وَأَلْقَاهَا في دَارِ الْمُعِيرِ أو جاء بِالدَّابَّةِ فَأَدْخَلَهَا في إصْطَبْلِهِ كان رَدًّا صَحِيحًا لِأَنَّ ظَاهِرَ النَّصِّ الذي تَلَوْنَا أَنْ لَا يَصِحَّ إلَّا أنها صَارَتْ مَخْصُوصَةً عن عُمُومِ الْآيَاتِ فَبَقِيَتْ الْوَدِيعَةُ على ظَاهِرِهِ وَلِأَنَّ الْقِيَاسَ في الْمَوْضِعَيْنِ ما ذَكَرْنَا من لُزُومِ الرَّدِّ إلَى الْمَالِكِ إلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّا في الْعَارِيَّةِ لِلْعَادَةِ الْجَارِيَةِ فيها بِرَدِّهَا إلَى بَيْتِ الْمَالِكِ أو بِدَفْعِهَا إلَى من في عِيَالِهِ حتى لو كانت الْعَارِيَّةُ شيئا نَفِيسًا كَعِقْدِ جَوْهَرٍ وَنَحْوِ ذلك لَا يَصِحُّ الرَّدُّ لِانْعِدَامِ جَرَيَانِ الْعَادَةِ بِذَلِكَ في الْأَشْيَاءِ النَّفِيسَةِ ولم تَجْرِ بِهِ الْعَادَةُ في مَالِ الْوَدِيعَةِ فَتَبْقَى على أَصْلِ الْقِيَاسِ وَلِأَنَّ مَبْنَى الْإِيدَاعِ على السِّتْرِ وَالْإِخْفَاءِ عَادَةً فإن

الْإِنْسَانَ إنَّمَا يُودَعُ مَالَ غَيْرِهِ سِرًّا عن الناس لِمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ من الْمَصْلَحَةِ فَلَوْ رَدَّهُ على غَيْرِ الْمَالِكِ لَانْكَشَفَ إذْ السِّرُّ إذَا جَاوَزَ اثْنَيْنِ يَفْشُو فَيَفُوتُ الْمَعْنَى الْمَجْعُولُ له الْإِيدَاعُ بِخِلَافِ الْعَارِيَّةِ لِأَنَّ مَبْنَاهَا على الْإِعْلَانِ وَالْإِظْهَارِ لِأَنَّهَا شُرِعَتْ لِحَاجَةِ الْمُسْتَعِيرِ إلَى اسْتِعْمَالِهَا في حَوَائِجِهِ وَلَا يُمْكِنُهُ الِاسْتِعْمَالُ سِرًّا عن الناس عَادَةً وَالرَّدُّ إلَى غَيْرِ الْمَالِكِ لَا يُفَوِّتُ ما شرع (((شرعت))) لِهِ الْعَارِيَّةُ فَهُوَ الْفَرْقُ

وَمِنْهَا أَنَّهُ إذَا ضَاعَتْ في يَدِ الْمُودَعِ بِغَيْرِ صُنْعِهِ لَا يَضْمَنُ لِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال ليس على الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغَلِّ الضَّمَانُ وَلَا على الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرِ الْمُغَلِّ الضَّمَانُ وَلِأَنَّ يَدَهُ يَدُ الْمَالِكِ فَالْهَلَاكُ في يَدِهِ كَالْهَلَاكِ في يَدِ الْمَالِكِ

وَكَذَلِكَ إذَا دَخَلَهَا نَقْصٌ لِأَنَّ النُّقْصَانَ هَلَاكُ بَعْضِ الْوَدِيعَةِ وَهَلَاكُ الْكُلِّ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ فَهَلَاكُ الْبَعْضِ أَوْلَى

وَمِنْهَا أَنَّ الْمُودَعَ مع الْمُودِعِ إذَا اخْتَلَفَا فقال الْمُودَعُ هَلَكَتْ أو قال رَدَدْتُهَا إلَيْكَ وقال الْمَالِكُ بَلْ اسْتَهْلَكْتَهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُودَعِ لِأَنَّ الْمَالِكَ يَدَّعِي على الْأَمِينِ أَمْرًا عَارِضًا وهو التَّعَدِّي وَالْمُودَعُ مُسْتَصْحِبٌ لِحَالِ الْأَمَانَةِ فَكَانَ مُتَمَسِّكًا بِالْأَصْلِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ لَكِنَّ مع الْيَمِينِ لِأَنَّ التُّهْمَةَ قَائِمَةٌ فَيُسْتَحْلَفُ دَفْعًا لِلتُّهْمَةِ وَكَذَلِكَ إذَا قال الْمُودِعُ اُسْتُهْلِكَتْ من غَيْرِ أذني وقال الْمُودَعُ بَلْ اسْتَهْلَكْتَهَا أنت أو غَيْرُكَ بِأَمْرِكَ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُودَعِ لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ قال إنَّهَا قد ضَاعَتْ ثُمَّ قال بَعْدَ ذلك بَلْ كنت رَدَدْتُهَا إلَيْكَ لكني أُوهِمْتُ لم يُصَدَّقْ وهو ضَامِنٌ لِأَنَّهُ نَفَى الرَّدَّ بِدَعْوَى الْهَلَاكِ وَنَفَى الْهَلَاكَ بِدَعْوَى الرَّدِّ فَصَارَ نَافِيًا ما أَثْبَتَهُ مُثْبِتًا ما نَفَاهُ وَهَذَا تَنَاقُضٌ فَلَا تُسْمَعُ مِنه دَعْوَى الضَّيَاعِ وَالرَّدِّ لِأَنَّ الْمُنَاقِضَ لَا قَوْلَ له وَلِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى دَعْوَتَيْنِ وَأَكْذَبَ نَفْسَهُ في كل وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا فَقَدْ ذَهَبَتْ أَمَانَتُهُ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُغَيِّرُ حَالَ الْمَعْقُودِ عليه من الْأَمَانَةِ إلَى الضَّمَانِ فَأَنْوَاعٌ منها تَرْكُ الْحِفْظِ لِأَنَّهُ بِالْعَقْدِ الْتَزَمَ حِفْظَ الْوَدِيعَةِ على وَجْهٍ لو تَرَكَ حِفْظَهَا حتى هَلَكَتْ يَضْمَنُ بَدَلَهَا وَذَلِكَ بِطَرِيقِ الْكَفَالَةِ وَلِهَذَا لو رَأَى إنْسَانًا يَسْرِقُ الْوَدِيعَةَ وهو قَادِرٌ على مَنْعِهِ ضَمِنَ لِتَرْكِهِ الْحِفْظَ الْمُلْتَزَمَ بِالْعَقْدِ وهو مَعْنَى قَوْلِ مَشَايِخِنَا إنَّ الْمُودَعَ يُؤْخَذُ بِضَمَانِ الْعَقْدِ

وَمِنْهَا تَرْكُ الْحِفْظِ لِلْمَالِكِ بِأَنْ خَالَفَهُ في الْوَدِيعَةِ بِأَنْ كانت الْوَدِيعَةُ ثَوْبًا فَلَبِسَهُ أو دَابَّةً فَرَكِبَهَا أو عَبْدًا فَاسْتَعْمَلَهُ أو أَوْدَعَهَا من ليس في

عِيَالِهِ وَلَا هو مِمَّنْ يَحْفَظُ مَالَهُ بيده عَادَةً لِأَنَّ الْمُلْتَزَمَ بِالْعَقْدِ هو الْحِفْظُ لِلْمَالِكِ فإذا حَفِظَ لِنَفْسِهِ فَقَدْ تَرَكَ الْحِفْظَ لِلْمَالِكِ فَدَخَلَتْ في ضَمَانِهِ

وحكي عن الْفَقِيهِ أبي جَعْفَرٍ الهنداوي (((الهندواني))) أَنَّهُ مَنَعَ دُخُولَ الْعَيْنِ في ضَمَانِهِ في الْمُنَاظَرَةِ حين قَدِمَ بُخَارَى وسأل (((وسئل))) عن هذه الْمَسْأَلَةِ وَهَذَا خِلَافُ إطْلَاقِ الْكِتَابِ فإنه قال يَبْرَأُ عن الضَّمَانِ وَالْبَرَاءَةُ عن الضَّمَانِ بَعْدَ الدُّخُولِ في الضَّمَانِ تَكُونُ وَكَذَلِكَ الْمُودِعُ مع الْمُودَعِ إذَا اخْتَلَفَا فقال الْمُودَعُ هَلَكَتْ الْوَدِيعَةُ أو رَدَدْتُهَا إلَيْكَ

وقال الْمَالِكُ اسْتَهْلَكْتَهَا

إنْ كانت قبل الْخِلَافِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُودَعِ وَإِنْ كان بَعْدَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ وَنَحْوِ ذلك مِمَّا يَدُلُّ على دُخُولِ الْوَدِيعَةِ في ضَمَانِهِ بِالْخِلَافِ وَإِنْ خَالَفَ في الْوَدِيعَةِ ثُمَّ عَادَ إلَى الْوِفَاقِ يَبْرَأُ عن الضَّمَانِ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ لَا يَبْرَأُ عن الضَّمَانِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْوَدِيعَةَ لَمَّا دَخَلَتْ في ضَمَانِ الْمُودَعِ بِالْخِلَافِ فَقَدْ ارْتَفَعَ الْعَقْدُ فَلَا يَعُودُ إلَّا بِالتَّجْدِيدِ ولم يُوجَدْ

فَصَارَ كما لو جَحَدَ الْوَدِيعَةَ ثُمَّ أَقَرَّ بها

وَكَذَلِكَ الْمُسْتَعِيرُ وَالْمُسْتَأْجَرُ إذَا خَالَفَا ثُمَّ عادا (((عاد))) إلَى الْوِفَاقِ لَا يَبْرَآنِ عن الضَّمَانِ لِمَا قُلْنَا

كَذَا هذا

وَلَنَا أنه بَعْدَ الْخِلَافِ مُودَعٌ وَالْمُودَعُ إذَا هَلَكَتْ الْوَدِيعَةُ من غَيْرِ صُنْعِهِ لَا ضَمَانَ عليه كما قبل الْخِلَافِ

وَدَلَالَةُ أَنَّهُ بَعْدَ الْخِلَافِ مُودَعٌ أَنَّ الْمُودَعَ من يَحْفَظُ مَالَ غَيْرِهِ له بِأَمْرِهِ وهو بَعْدَ الْخِلَافِ وَالِاشْتِغَالِ بِالْحِفْظِ حَافِظٌ مَالَ الْمَالِكِ له بِأَمْرِهِ لِأَنَّ الْأَمْرَ تَنَاوَلَ ما بَعَدَ الْخِلَافِ

قَوْلُهُ الْوَدِيعَةُ دَخَلَتْ في ضَمَانِ الْمُودَعِ فَيَرْتَفِعُ الْعَقْدُ

قُلْنَا مَعْنَى الدُّخُولِ في ضَمَانِ الْمُودَعِ أنه انْعَقَدَ سَبَبُ وُجُوبِ الضَّمَانِ مَوْقُوفًا وُجُوبُهُ على وُجُودِ شَرْطِهِ وهو الْهَلَاكُ في حَالَةِ الْخِلَافِ لَكِنَّ هذا لم يُوجِبْ ارْتِفَاعَ الْعَقْدِ أَلَيْسَ أَنَّ من وَكَّلَ إنْسَانًا ببيع (((يبيع))) عَبْدَهُ بِأَلْفَيْ دِرْهَمٍ فَبَاعَهُ بِأَلْفٍ وَسَلَّمَهُ إلَى الْمُشْتَرِي دخل الْعَبْدُ في ضَمَانِهِ لِانْعِقَادِ سَبَبِ وُجُوبِ الضَّمَانِ وهو تَسْلِيمُ مَالِ الْغَيْرِ إلَى غَيْرِهِ من غَيْرِ إذْنِهِ وَمَعَ ذلك بَقِيَ الْعَقْدُ حتى لو أَخَذَهُ كان له بَيْعُهُ بِأَلْفَيْنِ كَذَا هذا

على أَنَّا إنْ سَلَّمْنَا أَنَّ الْعَقْدَ انْفَسَخَ لَكِنْ في قَدْرِ ما فَاتَ وحكمه من حَقِّهِ وهو الْحِفْظُ الْمُلْتَزَمُ لِلْمَالِكِ في زَمَانِ الْخِلَافِ لَا فِيمَا بَقِيَ في الْمُسْتَقْبَلِ كما إذَا اسْتَحْفَظَهُ بِأَجْرٍ كل شَهْرٍ بِكَذَا وَتَرَكَ الْحِفْظَ في بَعْضِ الشَّهْرِ ثُمَّ اشْتَغَلَ بِهِ في الْبَاقِي بَقِيَ الْعَقْدُ في الْبَاقِي يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ بِقَدْرِهِ وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الِارْتِفَاعَ لِضَرُورَةِ فَوَاتِ حُكْمِ الْعَقْدِ فَلَا يَظْهَرُ إلَّا في قَدْرِ الْفَائِتِ بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ وَهِيَ تَمْلِيكُ مَنَافِعَ مُقَدَّرَةٍ بِالْمَكَانِ أو الزَّمَانِ فإذا بَلَغَ الْمَكَانَ الْمَذْكُورَ فَقَدْ انْتَهَى الْعَقْدُ لِانْتِهَاءِ حُكْمِهِ فَلَا يَعُودُ إلَّا بِالتَّجْدِيدِ وَكَذَا الْإِعَارَةُ لِأَنَّهَا تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ عِنْدَنَا إلَّا أنها تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِ عِوَضٍ وَالْإِجَارَةُ تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ بِعِوَضٍ

وَأَمَّا حُكْمُ عَقَدِ الْوَدِيعَةِ فَلُزُومُ الْحِفْظِ لِلْمَالِكِ مُطْلَقًا أو شَهْرًا أو (((وزمان))) زمان ما بَعْدَ الْخِلَافِ دَاخِلٌ في الْمُطْلَقِ وَالْوَقْتِ فَلَا يَنْقَضِي بِالْخِلَافِ بَلْ يَتَقَرَّرُ فَهُوَ الْفَرْقُ

وَمِنْهَا جُحُودُ الْوَدِيعَةِ في وَجْهِ الْمَالِكِ عِنْدَ طَلَبِهِ حتى لو قَامَتْ الْبَيِّنَةُ على الْإِيدَاعِ أو نَكَلَ الْمُودَعُ عن الْيَمِينِ أو أَقَرَّ بِهِ دَخَلَتْ في ضَمَانِهِ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمَّا ظَهَرَ بِالْحُجَّةِ فَقَدْ ظَهَرَ ارْتِفَاعُهُ بِالْجُحُودِ أو عِنْدَهُ لِأَنَّ الْمَالِكَ لَمَّا طَلَبَ منه الْوَدِيعَةَ فَقَدْ عَزَلَهُ عن الْحِفْظِ وَالْمُودَعُ لَمَّا جَحَدَ الْوَدِيعَةَ حَالَ حَضْرَةِ الْمَالِكِ فَقَدْ عَزَلَ نَفْسَهُ عن الْحِفْظِ فَانْفَسَخَ الْعَقْدُ فَبَقِيَ مَالُ الْغَيْرِ في يَدِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَيَكُونُ مَضْمُونًا عليه فإذا هَلَكَ تَقَرَّرَ الضَّمَانُ

وَلَوْ جَحَدَ الْوَدِيعَةَ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على هَلَاكِهَا فَهَذَا لَا يَخْلُو من ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ إمَّا إنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على أنها هَلَكَتْ بَعْدَ الْجُحُودِ أو قبل الْجُحُودِ أو مُطْلَقًا فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على أنها هَلَكَتْ بَعْدَ الْجُحُودِ أو مُطْلَقًا لَا يَنْتَفِعُ بِبَيِّنَتِهِ لِأَنَّ الْعَقْدَ ارْتَفَعَ بِالْجُحُودِ أو عِنْدَهُ فَدَخَلَتْ الْعَيْنُ في ضَمَانِهِ

وَالْهَلَاكُ بَعْدَ ذلك يُقَرِّرُ الضَّمَانَ لَا أَنْ يُسْقِطَهُ
وَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على أنها هَلَكَتْ قبل الْجُحُودِ تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ وَلَا ضَمَانَ عليه لِأَنَّ الْهَلَاكَ قبل الْجُحُودِ لَمَّا ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ فَقَدْ ظَهَرَ انْتِهَاءُ الْعَقْدِ قبل الْجُحُودِ فَلَا يَرْتَفِعُ بِالْجُحُودِ فَظَهَرَ أَنَّ الْوَدِيعَةَ هَلَكَتْ من غَيْرِ صُنْعِهِ فَلَا يَضْمَنُ
وَلَوْ ادَّعَى الْهَلَاكَ قبل الْجُحُودِ وَلَا بَيِّنَةَ له وَطَلَبَ الْيَمِينَ من الْمُودِعِ حَلَّفَهُ الْقَاضِي بِاَللَّهِ تَعَالَى ما لم يَعْلَمْ أنها هَلَكَتْ قبل جُحُودِهِ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ في بَابِ الِاسْتِحْلَافِ أَنَّ الذي يُسْتَحْلَفُ عليه لو كان أَمْرًا لو أَقَرَّ بِهِ الْحَالِفُ لَلَزِمَهُ فإذا أَنْكَرَ يُسْتَحْلَفُ وَهُنَا كَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَالِكَ لو أَقَرَّ بِالْهَلَاكِ قبل الْجُحُودِ لَقُبِلَ منه وَيَسْقُطُ الضَّمَانُ عن الْمُودَعِ فإذا أَنْكَرَ يُسْتَحْلَفُ لَكِنْ على الْعِلْمِ لِأَنَّهُ يُسْتَحْلَفُ على فِعْلِ غَيْرِهِ
هذا إذَا جَحَدَ حَالَ حَضْرَةِ الْمَالِكِ فَإِنْ جَحَدَ عِنْدَ غَيْرِ الْمَالِكِ حَالَ غَيْبَتِهِ قال أبو يُوسُفَ لَا يَضْمَنُ وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ يَضْمَنُ في الْحَالَيْنِ جميعا
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّ ما هو سَبَبُ وُجُوبِ الضَّمَانِ لَا يَخْتَلِفُ بِالْحَضْرَةِ وَالْغِيبَةِ كَسَائِرِ الْأَسْبَابِ
وَجْهُ قَوْلِ

أبي يُوسُفَ أَنَّ الْجُحُودَ سَبَبٌ لِلضَّمَانِ من حَيْثُ إنَّهُ يَرْفَعُ الْعَقْدَ بِالْعَزْلِ على ما بَيَّنَّا وَلَا يَصِحُّ الْعَزْلُ حَالَةَ الْغَيْبَةِ فَلَا يَرْتَفِعُ الْعَقْدُ وَلِأَنَّ الْجُحُودَ عِنْدَ غَيْرِ الْمَالِكِ حَالَ غَيْبَتِهِ مَعْدُودٌ من بَابِ الْحِفْظِ وَالصِّيَانَةِ عُرْفًا وَعَادَةً لِأَنَّ مَبْنَى الْإِيدَاعِ على السَّتْرِ وَالْإِخْفَاءِ فَكَانَ الْجُحُودُ عِنْدَ غَيْرِ الْمَالِكِ حَالَ غَيْبَتِهِ حِفْظًا مَعْنًى فَكَيْفَ يَكُونُ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ
وَمِنْهَا الْإِتْلَافُ حَقِيقَةً أو مَعْنًى وهو إعْجَازُ الْمَالِكِ عن الِانْتِفَاعِ بالوديعة لِأَنَّ إتْلَافَ مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ حتى لو طَلَبَ الْوَدِيعَةَ فَمَنَعَهَا الْمُودَعُ مع الْقُدْرَةِ على الدَّفْعِ وَالتَّسْلِيمِ إلَيْهِ حتى هَلَكَتْ يَضْمَنُ لِأَنَّهُ لَمَّا حَبَسَهَا عنه عَجَزَ عن الِانْتِفَاعِ بها لِلْحَالِ فَدَخَلَتْ في ضَمَانِهِ فإذا هَلَكَتْ تَقَرَّرَ الْعَجْزُ فَيَجِبُ الضَّمَانُ
وَلَوْ أَمَرَ غَيْرَهُ بِالْإِتْلَافِ وَادَّعَى أَنَّهُ كان بِإِذْنِ الْمَالِكِ لَا يُصَدَّقُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ لِأَنَّ الْإِتْلَافَ سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ في الْأَصْلِ وَقَوْلُهُ كان بِإِذْنِ الْمَالِكِ دَعْوَى أَمْرٍ عَارِضٍ فَلَا تُقْبَلُ إلَّا بِحُجَّةٍ
وَكَذَلِكَ الْمُودَعُ إذَا خَلَطَ الْوَدِيعَةَ بِمَالِهِ خَلْطًا لَا يَتَمَيَّزُ يَضْمَنْ لِأَنَّهُ إذَا كان لَا يَتَمَيَّزُ فَقَدْ عَجَزَ الْمَالِكُ من الِانْتِفَاعِ بالوديعة فَكَانَ الْخَلْطُ منه إتلاف (((إتلافا))) فَيَضْمَنُ وَيَصِيرُ مِلْكًا بِالضَّمَانِ وَإِنْ مَاتَ كان ذلك لِجَمِيعِ الْغُرَمَاءِ وَالْمُودَعُ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ فيه وَلَوْ اخْتَلَطَتْ بِمَالِهِ بِنَفْسِهَا من غَيْرِ صُنْعِهِ لَا يَضْمَنُ وهو شَرِيكٌ لِصَاحِبِهَا
أَمَّا عَدَمُ وُجُوبِ الضَّمَانِ فَلِانْعِدَامِ الْإِتْلَافِ منه بَلْ تَلِفَتْ بِنَفْسِهَا لِانْعِدَامِ الْفِعْلِ من جِهَتِهِ وَأَمَّا كَوْنُهُ شَرِيكًا لِصَاحِبِهَا فلوجود (((فلوجوده))) مَعْنَى الشَّرِكَةِ وهو اخْتِلَاطُ الْمِلْكَيْنِ
وَلَوْ أَوْدَعَهُ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفَ دِرْهَمٍ فَخَلَطَ الْمُودَعُ الْمَالَيْنِ خَلْطًا لَا يَتَمَيَّزُ فَلَا سَبِيلَ لَهُمَا على أَخْذِ الدَّرَاهِمِ ويضمن (((يضمن))) الْمُودَعُ لِكُلِّ

وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفًا وَيَكُونُ الْمَخْلُوطُ له
وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ هُمَا بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَا اقْتَسَمَا الْمَخْلُوطَ نِصْفَيْنِ وَإِنْ شَاءَا ضَمَّنَا الْمُودَعَ أَلْفَيْنِ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ سَائِرُ الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ إذاخلطا الْجِنْسُ بِالْجِنْسِ خَلْطًا لَا يَتَمَيَّزُ كَالْحِنْطَةِ بِالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ بِالشَّعِيرِ وَالدُّهْنِ بِالدُّهْنِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا إن الْوَدِيعَةَ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا لَكِنْ عَجَزَ الْمَالِكُ عن الْوُصُولِ إلَيْهَا بِعَارِضِ الْخَلْطِ فَإِنْ شَاءَا اقْتَسَمَا لِاعْتِبَارِ جِهَةِ الْقِيَامِ وَإِنْ شَاءَا ضَمَّنَا لِاعْتِبَارِ جِهَةِ الْعَجْزِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَمَّا خَلَطَهُمَا خَلْطًا لَا يَتَمَيَّزُ فَقَدْ عَجَزَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عن الِانْتِفَاعِ بِالْمَخْلُوطِ فَكَانَ الْخَلْطُ منه إتْلَافَ الْوَدِيعَةِ عن كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَيَضْمَنُ وَلِهَذَا يَثْبُتُ اخْتِيَارُ التَّضْمِينِ عِنْدَهُمَا وَاخْتِيَارُ التَّضْمِينِ لَا يَثْبُتُ إلَّا بِوُجُودِ الْإِتْلَافِ
دَلَّ أَنَّ الْخَلْطَ منه وَقَعَ إتْلَافًا
وَلَوْ أَوْدَعَهُ رَجُلٌ حِنْطَةً وَآخَرُ شَعِيرًا فَخَلَطَهُمَا فَهُوَ ضَامِنٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِثْلَ حَقِّهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْخَلْطَ إتْلَافٌ وَعِنْدَهُمَا لَهُمَا أَنْ يَأْخُذَا الْعَيْنَ وَيَبِيعَاهَا وَيَقْتَسِمَا الثَّمَنَ على قِيمَةِ الْحِنْطَةِ مَخْلُوطًا بِالشَّعِيرِ وَعَلَى قِيمَةِ الشَّعِيرِ غَيْرِ مَخْلُوطٍ بِالْحِنْطَةِ لِأَنَّ قِيمَةَ الْحِنْطَةِ تَنْقُصُ بِخَلْطِ الشَّعِيرِ وهو يَسْتَحِقُّ الثَّمَنَ لِقِيَامِ الْحَقِّ في الْعَيْنِ وهو مُسْتَحِقُّ الْعَيْنِ بِخِلَافِ قِيمَةِ الشَّعِيرِ لِأَنَّ قِيمَةَ الشَّعِيرِ تَزْدَادُ بِالْخَلْطِ بِالْحِنْطَةِ وَتِلْكَ الزِّيَادَةُ مِلْكُ الْغَيْرِ فَلَا يَسْتَحِقُّهَا صَاحِبُ الشَّعِيرِ وَلَوْ أَنْفَقَ الْمُودَعُ بَعْضَ الْوَدِيعَةِ ضَمِنَ قَدْرَ ما أَنْفَقَ وَلَا يَضْمَنُ الْبَاقِيَ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ منه إلَّا إتْلَافُ قَدْرِ ما أَنْفَقَ وَلَوْ رَدَّ مثله فَخَلَطَهُ بِالْبَاقِي يَضْمَنُ الْكُلَّ لِوُجُودِ إتْلَافِ الْكُلِّ منه النِّصْفُ بِالْإِتْلَافِ وَالنِّصْفُ الْبَاقِي بِالْخَلْطِ لِكَوْنِ الْخَلْطِ إتْلَافًا على ما بَيَّنَّا
وَلَوْ أَخَذَ بَعْضَ دَرَاهِمِ الْوَدِيعَةِ لِيُنْفِقَهَا فلم يُنْفِقْهَا ثُمَّ رَدَّهَا إلَى مَوْضِعِهَا بَعْدَ أَيَّامٍ فَضَاعَتْ لَا ضَمَانَ عليه عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَضْمَنُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ أَخَذَهَا على وَجْهِ التَّعَدِّي فَيَضْمَنُ كما لو انْتَفَعَ بها
وَلَنَا أَنَّ نَفْسَ الْأَخْذِ ليس بِإِتْلَافٍ وَنِيَّةُ الْإِتْلَافِ ليس (((ليست))) بِإِتْلَافٍ فَلَا تُوجِبُ الضَّمَانَ
وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى عز شَأْنُهُ عَفَا عن أُمَّتِي ما حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَهَا ما لم يَتَكَلَّمُوا أو يَفْعَلُوا ظَاهِرُ الحديث يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ ما حَدَّثَتْ بِهِ النَّفْسُ عَفْوًا على الْعُمُومِ إلَّا ما خُصَّ بِدَلِيلٍ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا أَوْدَعَهُ كِيسًا مَسْدُودًا فَحَلَّهُ الْمُسْتَوْدَعُ أو صُنْدُوقًا مُقْفَلًا فَفَتَحَ الْقُفْلَ ولم يَأْخُذْ منه شيئا حتى ضَاعَ أو مَاتَ الْمُودَعُ فَإِنْ كانت الْوَدِيعَةُ قَائِمَةً بِعَيْنِهَا تُرَدُّ على صَاحِبِهَا لِأَنَّ هذا عَيْنُ مَالِهِ
وَمَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ على لِسَانِ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم
وَإِنْ كانت لَا تُعْرَفُ بِعَيْنِهَا فَهِيَ دَيْنٌ في تَرِكَتِهِ يُحَاصُّ الْغُرَمَاءُ لِأَنَّهُ لَمَّا مَاتَ مُجْهِلًا لِلْوَدِيعَةِ فَقَدْ أَتْلَفَهَا مَعْنًى لِخُرُوجِهَا من أَنْ تكون (((يكون))) مُنْتَفِعًا بِهِ (((بها))) في حَقِّ المال (((المالك))) بِالتَّجْهِيلِ وهو تَفْسِيرُ الْإِتْلَافِ
وَلَوْ قالت الْوَرَثَةُ إنَّهَا هَلَكَتْ أو رُدَّتْ على الْمَالِكِ لَا يُصَدَّقُونَ على ذلك لِأَنَّ

الْمَوْتَ مُجْهَلًا سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ لِكَوْنِهِ إتْلَافًا فَكَانَ

دَعْوَى الْهَلَاكِ وَالرَّدِّ دَعْوَى أَمْرٍ عَارِضٍ فَلَا يُقْبَلُ إلَّا بِحُجَّةٍ وَيُحَاصُّ الْمُودَعُ الْغُرَمَاءَ لِأَنَّهُ دَيْنُ الِاسْتِهْلَاكِ على ما ذَكَرْنَا فَيُسَاوِي دَيْنَ الصِّحَّةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

كِتَابُ الْعَارِيَّةِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ رُكْنِ الْعَارِيَّةِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْعَقْدِ وفي بَيَانِ ما يَمْلِكُهُ الْمُسْتَعِيرُ من التَّصَرُّفِ في الْمُسْتَعَارِ وما لَا يَمْلِكُهُ وفي بَيَانِ صِفَةِ الْحُكْمِ وفي بَيَانِ حَالِ الْمُسْتَعَارِ وفي بَيَانِ ما يُوجِبُ تَغَيُّرَ حَالِهِ أَمَّا رُكْنُهَا فَهُوَ الْإِيجَابُ من الْمُعِيرِ وَأَمَّا الْقَبُولُ من الْمُسْتَعِيرِ فَلَيْسَ بِرُكْنٍ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ رُكْنًا وهو قَوْلُ زُفَرَ كما في الْهِبَةِ حتى إن من حَلَفَ لَا يُعِيرُ فُلَانًا فَأَعَارَهُ ولم يَقْبَلْ يَحْنَثُ كما إذَا حَلَفَ لَا يَهَبُ فُلَانًا شيئا فَوَهَبَهُ ولم يَقْبَلْ وَهِيَ مَسْأَلَةُ كِتَابِ الْهِبَةِ

وَالْإِيجَابُ هو أَنْ يَقُولَ أَعَرْتُك هذا الشَّيْءَ أو مَنَحْتُك هذا الثَّوْبَ أو هذه الدَّارَ أو أَطْعَمْتُك هذه الْأَرْضَ أو هذه الْأَرْضُ لَك طُعْمَةً أو أَخْدَمْتُك هذا الْعَبْدَ أو هذا الْعَبْدُ لَك خِدْمَةً أو حَمَلْتُك على هذه الدَّابَّةِ إذَا لم يَنْوِ بِهِ الْهِبَةَ أو دَارِي لك سُكْنَى أو دَارِي لك عُمْرَى سُكْنَى أَمَّا لَفْظُ الْإِعَارَةِ فَصَرِيحٌ في بَابِهَا وَأَمَّا الْمِنْحَةُ فَهِيَ اسْمٌ لِلْعَطِيَّةِ التي يَنْتَفِعُ الْإِنْسَانُ بها زَمَانًا ثُمَّ يَرُدُّهَا على صَاحِبِهَا وهو مَعْنَى الْعَارِيَّةِ

قال النبي عليه السلام الْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ وَمِنْحَةُ الْأَرْضِ زِرَاعَتُهَا قال النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ازْرَعْهَا أو امْنَحْهَا أَخَاك وَكَذَا الْإِطْعَامُ الْمُضَافُ إلَى الْأَرْضِ هو إطْعَامُ مَنَافِعِهَا التي تَحْصُلُ منها بِالزِّرَاعَةِ من غَيْرِ عِوَضٍ عُرْفًا وَعَادَةً وهو مَعْنَى الْعَارِيَّةِ

وَأَمَّا إخْدَامُ الْعَبْدِ إيَّاهُ فَجَعَلَ خِدْمَتَهُ بِغَيْرِ عِوَضٍ وهو تَفْسِيرُ الْعَارِيَّةِ وَكَذَا قَوْلُهُ دَارِي لَك سُكْنَى أو عمرى سُكْنَى هو جَعْلُ سُكْنَى الدَّارِ له من غَيْرِ عِوَضٍ وَسُكْنَى الدَّارِ مَنْفَعَتُهَا الْمَطْلُوبَةُ منها عَادَةً فَقَدْ أتى بِمَعْنَى الْإِعَارَةِ

وَأَمَّا قَوْلُهُ حَمَلْتُك على هذه الدَّابَّةِ فإنه يَحْتَمِلُ الْإِعَارَةَ وَالْهِبَةَ فَأَيَّ ذلك نَوَى فَهُوَ على ما نَوَى لِأَنَّهُ نَوَى ما يَحْتَمِلُ لَفْظُهُ وَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ يَنْصَرِفُ إلَى الْعَارِيَّةِ لِأَنَّهَا أَدْنَى فَكَانَ الْحَمْلُ عليها أَوْلَى وَلَوْ قال دَارِي لَك رُقْبَى أو حَبْسٌ فَهُوَ عَارِيَّةٌ عِنْد أبي حَنِيفَة وَمُحَمَّدٍ

وَعِنْد أبي يُوسُفَ هِبَةٌ وَقَوْلُهُ رُقْبَى أو حَبْسٌ بَاطِلٌ وَهِيَ مَسْأَلَةُ كِتَابِ الْهِبَةِ

فَصْلٌ وَأَمَّا الشَّرَائِطُ التي يَصِيرُ الرُّكْنُ بها إعَارَةً شَرْعًا فَأَنْوَاعٌ منها الْعَقْلُ فَلَا تَصِحُّ الْإِعَارَةُ من الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ وَأَمَّا الْبُلُوغُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ عِنْدَنَا حتى تَصِحَّ الْإِعَارَةُ من الصَّبِيِّ الْمَأْذُونِ لِأَنَّهَا من تَوَابِعِ التِّجَارَةِ وَأَنَّهُ يَمْلِكُ التِّجَارَةَ فَيَمْلِكُ ما هو من تَوَابِعِهَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يَمْلِكُ وَهِيَ مَسْأَلَةُ كِتَابِ الْمَأْذُونِ وَكَذَا الْحُرِّيَّةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فَيَمْلِكُهَا الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لِأَنَّهَا من تَوَابِعِ التِّجَارَةِ فَيَمْلِكُ بِمِلْكِ ذلك

وَمِنْهَا الْقَبْضُ من الْمُسْتَعِيرِ لِأَنَّ الْإِعَارَةَ عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَلَا يُفِيدُ الْحُكْمَ بِنَفْسِهِ بِدُونِ الْقَبْضِ كَالْهِبَةِ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَعَارُ مِمَّا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِدُونِ اسْتِهْلَاكِهِ فَإِنْ لم يَكُنْ لَا تَصِحُّ إعَارَتُهُ لِأَنَّ حُكْمَ الْعَقْدِ ثَبَتَ في الْمَنْفَعَةِ لَا في الْعَيْنِ إلَّا إذَا كانت مُلْحَقَةً بِالْمَنْفَعَةِ على ما نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ الْعَقْدِ فَالْكَلَامُ فيه في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ أَصْلِ الْحُكْمِ
وَالثَّانِي في بَيَانِ صِفَتِهِ أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ مِلْكُ الْمَنْفَعَةِ لِلْمُسْتَعِيرِ بِغَيْرِ عِوَضٍ أو ما هو مُلْحَقٌ بِالْمَنْفَعَةِ عُرْفًا وَعَادَةً عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ إبَاحَةُ الْمَنْفَعَةِ حتى يَمْلِكَ الْمُسْتَعِيرُ الْإِعَارَةَ عِنْدَنَا في الْجُمْلَةِ كَالْمُسْتَأْجِرِ يَمْلِكُ الْإِجَارَةَ وَعِنْدَهُ لَا يَمْلِكُهَا أَصْلًا كَالْمُبَاحِ له الطَّعَامُ لَا يَمْلِكُ الْإِبَاحَةَ من غَيْرِهِ
وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ دَلَالَةُ الْإِجْمَاعِ وَالْمَعْقُولِ أَمَّا الْإِجْمَاعُ فَلِجَوَازِ الْعَقْدِ من غَيْرِ أَجَلٍ وَلَوْ كان تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ لَمَا جَازَ من غَيْرِ أَجَلٍ كَالْإِجَارَةِ وَكَذَا الْمُسْتَعِيرُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يُؤَجِّرَ الْعَارِيَّةَ وَلَوْ ثَبَتَ الْمِلْكُ له في الْمَنْفَعَةِ لَمَلَكَ كَالْمُسْتَأْجِرِ
وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَهُوَ أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى تَمْلِيكَ الْمَنْفَعَةِ لِأَنَّ بَيْعَ الْمَعْدُومِ لِانْعِدَامِ الْمَنْفَعَةِ حَالَةَ الْعَقْدِ وَالْمَعْدُومُ لَا يَحْتَمِلُ الْبَيْعَ لِأَنَّهُ بَيْعُ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ وقد نهى رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم عنه إلَّا أنها جُعِلَتْ مَوْجُودَةً عِنْدَ الْعَقْدِ في بَابِ الْإِجَارَةِ حُكْمًا لِلضَّرُورَةِ وَلَا ضَرُورَةَ إلَى الْإِعَارَةِ فَبَقِيَتْ الْمَنَافِعُ فيها على أَصْلِ الْعَدَمِ
وَلَنَا أَنَّ الْمُعِيرَ سَلَّطَهُ على تَحْصِيلِ الْمَنَافِعِ وَصَرْفِهَا إلَى نَفْسِهِ على وَجْهٍ زَالَتْ يَدُهُ عنها وَالتَّسْلِيطُ على هذا الْوَجْهِ يَكُونُ تَمْلِيكًا لَا إبَاحَةً كما في الْأَعْيَانِ وَإِنَّمَا

صَحَّ من غَيْرِ أَجَلٍ لِأَنَّ بَيَانَ الْأَجَلِ لِلتَّحَرُّزِ عن الْجَهَالَةِ الْمُفْضِيَةِ إلَى الْمُنَازَعَةِ وَالْجَهَالَةُ في بَابِ الْعَارِيَّةِ لَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّهَا عَقْدٌ جَائِزٌ غَيْرُ لَازِمٍ وَلِهَذَا الْمَعْنَى لَا يَمْلِكُ الْإِجَارَةَ لِأَنَّهَا عَقْدٌ لَازِمٌ الإعارة (((والإعارة))) عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ فَلَوْ مَلَكَ الْإِجَارَةَ لَكَانَ فيه إثْبَاتُ صِفَةِ اللُّزُومِ بِمَا ليس بِلَازِمٍ أو سَلْبُ صِفَةِ اللُّزُومِ عن اللَّازِمِ وَكُلُّ ذلك بَاطِلٌ
وَقَوْلُهُ الْمَنَافِعُ مُنْعَدِمَةٌ عِنْدَ الْعَقْدِ
قُلْنَا نعم لَكِنَّ هذا لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْعَقْدِ كما في الْإِجَارَةِ وَهَذَا لِأَنَّ الْعَقْدَ الْوَارِدَ على الْمَنْفَعَةِ عِنْدَنَا عَقْدٌ مُضَافٌ إلَى حِينِ وُجُودِ الْمَنْفَعَةِ فَلَا يَنْعَقِدُ في حَقِّ الْحُكْمِ إلَّا عِنْدَ وُجُودِ الْمَنْفَعَةِ شيئا فَشَيْئًا على حَسَبِ حُدُوثِهَا فلم يَكُنْ بَيْعُ الْمَعْدُومِ وَلَا بَيْعُ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ
وَعَلَى هذا تَخْرُجُ إعَارَةُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ أنها تَكُونُ قَرْضًا لَا إعَارَةً لِأَنَّ الْإِعَارَةَ لَمَّا كانت تَمْلِيكَ الْمَنْفَعَةِ أو إبَاحَةَ الْمَنْفَعَةِ على اخْتِلَافِ الْأَصْلَيْنِ وَلَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ إلَّا بِاسْتِهْلَاكِهَا وَلَا سَبِيلَ إلَى ذلك إلَّا بِالتَّصَرُّفِ في الْعَيْنِ لَا في الْمَنْفَعَةِ وَلَا يُمْكِنُ تَصْحِيحًا إعَارَةٌ حَقِيقِيَّةٌ فَتُصَحَّحُ قَرْضًا مَجَازًا لِوُجُودِ مَعْنَى الْإِعَارَةِ فيه حتى لو اسْتَعَارَ حُلِيًّا لِيَتَجَمَّلَ بِهِ صَحَّ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ من غَيْرِ اسْتِهْلَاكٍ بِالتَّجَمُّلِ فَأَمْكَنَ الْعَمَلُ بِالْحَقِيقَةِ فَلَا ضَرُورَةَ إلَى الْحَمْلِ على الْمَجَازِ وَكَذَا إعَارَةُ كل مَا لَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ إلَّا بِاسْتِهْلَاكِهِ كَالْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ يَكُونُ قَرْضًا لَا إعَارَةً لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ مَحَلَّ حُكْمِ الْإِعَارَةِ الْمَنْفَعَةُ لَا بِالْعَيْنِ إلَّا إذَا

كان مُلْحَقًا بِالْمَنْفَعَةِ عُرْفًا وَعَادَةً كما إذَا مَنَحَ إنْسَانًا شاتا (((شاة))) أو نَاقَةً لِيَنْتَفِعَ بِلَبَنِهَا وَوَبَرِهَا مُدَّةً ثُمَّ يَرُدَّهَا على صَاحِبِهَا لِأَنَّ ذلك محدود (((معدود))) من الْمَنَافِعِ عُرْفًا وَعَادَةً فَكَانَ له حُكْمُ الْمَنْفَعَةِ وقد رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ هل من أَحَدٍ يَمْنَحُ من إبِلِهِ نَاقَةً أَهْلِ بَيْتٍ لَا دُرَّ لهم وَهَذَا يَجْرِي مَجْرَى التَّرْغِيبِ كَمَنْ مَنَحَ مِنْحَةَ وَرِقٍ أو مِنْحَةَ لُبْسٍ كان له بِعِدْلِ رَقَبَةٍ

وَكَذَا لو مَنَحَ جَدْيًا أو عَنَاقًا كان عَارِيَّةً لِأَنَّهُ يَعْرِضُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِلَبَنِهِ وَصُوفِهِ وَيَتَّصِلُ بهذا الْفَصْلِ بَيَانُ ما يَمْلِكُهُ الْمُسْتَعِيرُ من التَّصَرُّفِ في الْمُسْتَعَارِ وما لَا يَمْلِكُهُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ جُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ عَقْدَ الْإِعَارَةِ لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ أما إنْ كان مُطْلَقًا وأما إنْ كان مُقَيَّدًا فَإِنْ كان مُطْلَقًا بِأَنْ أَعَارَ دَابَّتَهُ إنْسَانًا ولم يُسَمِّ مَكَانًا وَلَا زَمَانًا وَلَا الرُّكُوبَ وَلَا الْحَمْلَ فَلَهُ أَنْ يَسْتَعْمِلَهَا في أَيِّ مَكَان وَزَمَانٍ شَاءَ وَلَهُ أَنْ يَرْكَبَ أو يَحْمِلَ لِأَنَّ الْأَصْلَ في الْمُطْلَقِ أَنْ يَجْرِيَ على إطْلَاقِهِ وقد مَلَّكَهُ مَنَافِعَ الْعَارِيَّةِ مُطْلَقًا فَكَانَ له أَنْ يَسْتَوْفِيَهَا على الْوَجْهِ الذي مَلَكَهَا

إلَّا أَنَّهُ لَا يَحْمِلُ عليها ما يَعْلَمُ أَنَّ مِثْلَهَا لَا يُطِيقُ بِمِثْلِ هذا الْحَمْلِ وَلَا يَسْتَعْمِلُهَا لَيْلًا وَنَهَارًا ما لَا يَسْتَعْمِلُ مِثْلَهَا من الدَّوَابِّ لِذَلِكَ عَادَةً حتى لو فَعَلَ فَعَطِبَتْ يَضْمَنُ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَإِنْ خَرَجَ مَخْرَجَ الْإِطْلَاقِ لَكِنَّ الْمُطْلَقَ يَتَقَيَّدُ بِالْعُرْفِ وَالْعَادَةِ دَلَالَةً كما يَتَقَيَّدُ نَصًّا وَلَهُ أَنْ يُعِيرَ الْعَارِيَّةَ عِنْدَنَا سَوَاءٌ كانت الْعَارِيَّةُ مِمَّا يَتَفَاوَتُ في اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ أو لَا لِأَنَّ إطْلَاقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْمِلْكِ لِلْمُسْتَعِيرِ فَكَانَ هو في التَّمْلِيكِ من غَيْرِهِ على الْوَجْهِ الذي مَلَكَهُ مُتَصَرِّفًا في مِلْكِ نَفْسِهِ إلَّا أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْإِجَارَةَ لِمَا قُلْنَا

فَإِنْ آجَرَ وسلم إلَى الْمُسْتَأْجِرِ ضَمِنَ لِأَنَّهُ دَفَعَ مَالَ الْغَيْرِ إلَيْهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَصَارَ غَاصِبًا فَإِنْ شَاءَ ضَمِنَهُ وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْمُسْتَأْجِرُ لِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ كَالْمُشْتَرِي من الْغَاصِبِ إلَّا أَنَّهُ إذَا ضَمِنَ الْمُسْتَعِيرُ لَا يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على الْمُسْتَأْجِرِ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ آجَرَ مِلْكَ نَفْسِهِ

وَإِنْ ضَمِنَ الْمُسْتَأْجِرُ فَإِنْ كان عَالِمًا بِكَوْنِهَا عَارِيَّةً في يَدِهِ لَا يَرْجِعُ على الْمُسْتَعِيرِ وَإِنْ لم يَكُنْ عَالِمًا بِذَلِكَ يَرْجِعُ عليه لِأَنَّهُ إذَا لم يَعْلَمْ بِهِ فَقَدْ صَارَ مَغْرُورًا من جِهَةِ الْمُسْتَعِيرِ فَيَرْجِعُ عليه بِضَمَانِ الْغُرُورِ وهو ضَمَانُ الْكَفَالَةِ في الْحَقِيقَةِ

وإذا كان عَالِمًا لم يَصِرْ مَغْرُورًا من جِهَتِهِ فَلَا يَرْجِعُ عليه وَهَلْ يَمْلِكُ الْإِيدَاعَ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال مَشَايِخُ الْعِرَاقِ يَمْلِكُ وهو قَوْلُ بَعْضِ مَشَايِخِنَا لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْإِعَارَةَ فَالْإِيدَاعُ أَوْلَى لِأَنَّهَا دُونَ الْإِعَارَةِ

وقال بَعْضُهُمْ لَا يَمْلِكُ اسْتِدْلَالًا بِمَسْأَلَةٍ مَذْكُورَةٍ في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهِيَ أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ إذَا رَدَّ الْعَارِيَّةَ على يَدِ أَجْنَبِيٍّ ضَمِنَ وَمَعْلُومٌ أَنَّ الرَّدَّ على يَدِهِ إيدَاعُ إيَّاهُ

وَلَوْ مَلَكَ الْإِيدَاعَ لَمَا ضَمِنَ وَإِنْ كان مُقَيَّدًا فَيُرَاعَى فيه الْقَيْدُ ما أَمْكَنَ لِأَنَّ أَصْلَ اعْتِبَارِ تَصَرُّفِ الْعَاقِلِ على الْوَجْهِ الذي تَصَرَّفَ إلَّا إذَا لم يمكن (((يكن))) اعْتِبَارُهُ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ وَنَحْوِ ذلك فَلَغَا الْوَصْفَ لِأَنَّ ذلك يَجْرِي مَجْرَى الْعَبَثِ ثُمَّ إنَّمَا يُرَاعَى الْقَيْدُ فِيمَا دخل لَا فِيمَا لم يَدْخُلْ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ إذَا قُيِّدَ بِبَعْضِ الْأَوْصَافِ يَبْقَى مُطْلَقًا فِيمَا وَرَاءَهُ فَيُرَاعَى عِنْدَ الْإِطْلَاقِ فِيمَا وَرَاءَهُ

بَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ في مَسَائِلَ إذَا أَعَارَ إنْسَانًا دَابَّةً على أَنْ يَرْكَبَهَا الْمُسْتَعِيرُ بِنَفْسِهِ ليس له أَنْ يُعِيرَهَا من غَيْرِهِ

وَكَذَلِكَ إذَا أَعَارَهُ ثَوْبًا

(6/215)

على أَنْ يَلْبَسَهُ بِنَفْسِهِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْأَصْلَ في الْمُقَيَّدِ اعْتِبَارُ الْقَيْدِ فيه إلَّا إذَا تَعَذَّرَ اعْتِبَارُهُ
وَاعْتِبَارُ هذا الْقَيْدِ مُمْكِنٌ لِأَنَّهُ مُقَيَّدٌ لِتَفَاوُتِ الناس في اسْتِعْمَالِ الدَّوَابِّ وَالثِّيَابِ رُكُوبًا وَلُبْسًا فَلَزِمَ اعتبارالقيد فيه فَإِنْ فَعَلَ حتى هَلَكَ ضَمِنَ لِأَنَّهُ خَالَفَ وَإِنْ رَكِبَ بِنَفْسِهِ وَأَرْدَفَ غَيْرَهُ فَعَطِبَتْ فَإِنْ كانت الدَّابَّةُ مِمَّا تُطِيقُ حَمْلَهُمَا جميعا يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَةِ الدَّابَّةِ لِأَنَّهُ لم يُخَالِفْ إلَّا في قَدْرِ النِّصْفِ وَإِنْ كانت الدَّابَّةُ مِمَّا لَا تُطِيقُ حَمْلَهُمَا ضَمِنَ جَمِيعَ قِيمَتِهَا لِأَنَّهُ اسْتَهْلَكَهَا
وَلَوْ أَعَارَهُ دَارًا لِيَسْكُنَهَا بِنَفْسِهِ فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَهَا غَيْرَهُ لِأَنَّ الْمَمْلُوكَ بِالْعَقْدِ السُّكْنَى وَالنَّاسُ لَا يَتَفَاوَتُونَ فيه عَادَةً فلم يَكُنْ التَّقْيِيدُ بِسُكْنَاهُ مُفِيدًا فَيَلْغُو إلَّا إذَا كان الذي يُسْكِنُهَا إيَّاهُ حَدَّادًا أو قَصَّارًا وَنَحْوَهُمَا مِمَّنْ يُوهِنُ عليه الْبِنَاءُ فَلَيْسَ له أَنْ يُسْكِنَهَا إيَّاهُ وَلَا أَنْ يَعْمَلَ بِنَفْسِهِ ذلك لِأَنَّ الْمُعِيرَ لَا يَرْضَى بِهِ عَادَةً وَالْمُطْلَقُ يَتَقَيَّدُ بِالْعُرْفِ وَالْعَادَةِ كمافي الْإِجَارَةِ
وَلَوْ أَعَارَهُ دَابَّةً على أَنْ يَحْمِلَ عليها عَشَرَةَ مَخَاتِيمَ شَعِيرٍ فَلَيْسَ له أَنْ يَحْمِلَ عليها عَشَرَةَ مَخَاتِيمَ حِنْطَةٍ لِأَنَّ الْحِنْطَةَ أَثْقَلُ من الشَّعِيرِ فَكَانَ اعْتِبَارُ الْقَيْدِ مُفِيدًا فَيُعْتَبَرُ وَلَوْ أَعَارَهَا على أَنْ يَحْمِلَ عليها عَشَرَةَ مَخَاتِيمَ حِنْطَةٍ فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ عليها عَشَرَةَ مَخَاتِيمَ شعير (((شعيرا))) أو دُخْنًا أو أُرْزًا أو غير ذلك مِمَّا يَكُونُ مِثْلَ الْحِنْطَةِ أو أَخَفَّ منها اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَكُونَ له ذلك حتى إنها لو عَطِبَتْ لَا يَضْمَنُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ وأن يَضْمَنَ وهو قَوْلُ زُفَرَ لِأَنَّهُ خَالَفَ
وَجَوَابُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ هذا وَإِنْ كان خِلَافًا صُورَةً فَلَيْسَ بِخِلَافٍ مَعْنًى لِأَنَّ الْمَالِكَ يَكُونُ رَاضِيًا بِهِ دَلَالَةً فلم يَكُنْ التَّقْيِيدُ بِالْحِنْطَةِ مُفِيدًا وَصَارَ كما لو شَرَطَ عليه أَنْ يَحْمِلَ عليها عَشَرَةَ مَخَاتِيمَ من حِنْطَةِ نَفْسِهِ فَحَمَلَ عليها عَشَرَةَ مَخَاتِيمَ من حِنْطَةِ غَيْرِهِ فإنه لَا يَكُونُ مُخَالِفًا حتى لَا يَضْمَنَ كَذَا هذا
وَلَوْ قال على أَنْ يَحْمِلَ عليها عَشَرَةَ مَخَاتِيمَ حِنْطَةً ليس له أَنْ يَحْمِلَ عليها حَطَبًا أو تِبْنًا أو آجُرًّا فَحَمَلَ عليها من الْحِنْطَةِ زِيَادَةً على الْمُسَمَّى في الْقَدْرِ فَعَطِبَتْ نُظِرَ في ذلك
فَإِنْ كانت الزِّيَادَةُ مِمَّا لَا تُطِيقُ الدَّابَّةُ حَمْلَهَا يَضْمَنُ جَمِيعَ قِيمَتِهَا لِأَنَّ حَمْلَ ما لَا تُطِيقُ الدَّابَّةُ إتْلَافٌ لِلدَّابَّةِ وَإِنْ كانت الدَّابَّةُ مِمَّا تُطِيقُ حَمْلَهَا يَضْمَنُ من قِيمَتِهَا قَدْرَ الزِّيَادَةِ حتى لو قال على أَنْ يَحْمِلَ عليها عَشَرَةَ مَخَاتِيمَ حِنْطَةً فَحَمَلَ عليها أَحَدَ عَشَرَ مَخْتُومًا فَعَطِبَتْ يَضْمَنُ جزأ من أَحَدَ عَشَرَ جزأ من قِيمَتِهَا لِأَنَّهُ لم يُتْلِفْ منها إلَّا هذا الْقَدْرَ وَلَوْ قَيَّدَهَا بِالْمَكَانِ بِأَنْ قال على أَنْ تَسْتَعْمِلَهَا في مَكَانِ كَذَا في الْمِصْرِ يَتَقَيَّدُ بِهِ وَلَهُ أَنْ يَسْتَعْمِلَهَا في أَيِّ وَقْتٍ شَاءَ بِأَيِّ شَيْءٍ شَاءَ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ لم يُوجَدْ إلَّا بِالْمَكَانِ فَبَقِيَ مُطْلَقًا فِيمَا وَرَاءَهُ لَكِنَّهُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يُجَاوِزَ ذلك الْمَكَانَ حتى لو جَاوَزَهُ دخل في ضَمَانِهِ وَلَوْ أَعَادَهَا إلَى الْمَكَانِ الْمَأْذُونِ لَا يَبْرَأُ عن الضَّمَانِ حتى لو هَلَكَتْ من قَبْلِ التَّسْلِيمِ إلَى الْمَالِكِ يَضْمَنُ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ الْآخَرُ وكان

يقول أَوَّلًا يَبْرَأُ عن الضَّمَانِ كَالْمُودِعِ إذَا خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إلَى الْوِفَاقِ ثُمَّ رَجَعَ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ بين الْعَارِيَّةِ والوديعة قد ذَكَرْنَاهُ في كِتَابِ الْوَدِيعَةِ وَكَذَلِكَ لو
قَيَّدَهَا بِالزَّمَانِ بِأَنْ قال على أَنْ يَسْتَعْمِلَهَا يَوْمًا يَبْقَى مُطْلَقًا فِيمَا وَرَاءَهُ لَكِنَّهُ
يَتَقَيَّدُ بِالزَّمَانِ حتى لو مَضَى الْيَوْمُ ولم يَرُدَّهَا على الْمَالِكِ حتى هَلَكَتْ يَضْمَنُ
لِمَا قُلْنَا وَكَذَلِكَ لو قَيَّدَهَا بِالْحَمْلِ
وَكَذَلِكَ لو قَيَّدَهَا بِالِاسْتِعْمَالِ بِأَنْ قال على أَنْ يَسْتَعْمِلَهَا حتى لو أَمْسَكَهَا ولم
يَسْتَعْمِلْهَا حتى هَلَكَتْ يَضْمَنُ لِأَنَّ الْإِمْسَاكَ منه خِلَافٌ فَيُوجِبُ الضَّمَانَ وَلَوْ
اخْتَلَفَ الْمُعِيرُ أو الْمُسْتَعِيرُ في الْأَيَّامِ أو الْمَكَانِ أو فِيمَا يُحْمَلُ عليها فَالْقَوْلُ
قَوْلُ الْمُعِيرِ لِأَنَّ الْمُسْتَعِيرَ يَسْتَفِيدُ مِلْكَ الِانْتِفَاعِ من الْمُعِيرِ فَكَانَ الْقَوْلُ في
الْمِقْدَارِ وَالتَّعْيِينِ قَوْلَهُ لَكِنْ مع الْيَمِينِ دَفْعًا لِلتُّهْمَةِ
فَصْلٌ وَأَمَّا صِفَةُ الْحُكْمِ فَهِيَ أَنَّ الْمِلْكَ الثَّابِتَ لِلْمُسْتَعِيرِ مِلْكٌ غَيْرُ لَازِمٍ لِأَنَّهُ
مِلْكٌ لَا يُقَابِلُهُ عِوَضٌ فَلَا يَكُونُ لَازِمًا كَالْمِلْكِ الثَّابِتِ بِالْهِبَةِ فَكَانَ لِلْمُعِيرِ أَنْ
يَرْجِعَ في الْعَارِيَّةِ سَوَاءٌ أَطْلَقَ الْعَارِيَّةَ أو وَقَّتَ لها وَقْتًا
وَعَلَى هذا إذَا اسْتَعَارَ من آخَرَ أَرْضًا لِيَبْنِيَ عليها أو لِيَغْرِسَ فيها ثُمَّ بَدَا لِلْمَالِكِ
أَنْ يُخْرِجَهُ فَلَهُ ذلك سَوَاءٌ كانت الْعَارِيَّةُ مُطْلَقَةً أو مؤقتة لِمَا قُلْنَا غير أنها إنْ

كانت مُطْلَقَةً له أَنْ يُجْبِرَ الْمُسْتَعِيرَ على قَلْعِ الْغَرْسِ وَنَقْضِ الْبِنَاءِ لِأَنَّ في
التَّرْكِ ضَرَرًا بِالْمُعِيرِ لِأَنَّهُ لَا نِهَايَةَ له وإذا قَلَعَ وَنَقَضَ لَا يَضْمَنُ الْمُعِيرُ شيئا من
قِيمَةِ الْغَرْسِ وَالْبِنَاءِ لِأَنَّهُ لو وَجَبَ عليه الضَّمَانُ لَوَجَبَ بِسَبَبِ الْغُرُورِ وَلَا غُرُورَ
من جِهَتِهِ حَيْثُ أَطْلَقَ الْعَقْدَ ولم يُوَقِّتْ فيه وَقْتًا فَأَخْرَجَهُ قبل الْوَقْتِ بَلْ هو
الذي غَرَّرَ نَفْسَهُ حَيْثُ حَمَلَ الْمُطْلَقَ على الْأَبَدِ وَإِنْ كانت مُوَقَّتَةً فَأَخْرَجَهُ قبل
الْوَقْتِ لم يَكُنْ له أَنْ يُخْرِجَهُ وَلَا يُجْبَرُ على النَّقْضِ وَالْقَلْعِ وَالْمُسْتَعِيرُ بِالْخِيَارِ
إنْ شَاءَ ضَمَّنَ صَاحِبَ الْأَرْضِ قِيمَةَ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ قَائِمًا سَلِيمًا وَتَرَكَ ذلك عليه
لِأَنَّهُ لَمَّا وَقَّتَ لِلْعَارِيَّةِ وَقْتًا ثُمَّ أَخْرَجَهُ قبل الْوَقْتِ فَقَدْ غَرَّهُ فَصَارَ كَفِيلًا عنه
فِيمَا يَلْزَمُهُ من الْعُهْدَةِ إذْ ضَمَانُ الْغُرُورِ كَفَالَةٌ فَكَانَ له أَنْ يَرْجِعَ عليه
بِالضَّمَانِ وَيَمْلِكُ صَاحِبُ الْأَرْضِ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ لان هذا حُكْمُ
الْمَضْمُونَاتِ أنها تُمْلَكُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ
وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ غَرْسَهُ وَبِنَاءَهُ وَلَا شَيْءَ على صَاحِبِ الْأَرْضِ
ثُمَّ إنَّمَا يَثْبُتُ خِيَارُ الْقَلْعِ وَالنَّقْضِ لِلْمُسْتَعِيرِ إذَا لم يَكُنْ الْقَلْعُ أو النَّقْضُ مُضِرًّا
بِالْأَرْضِ فَإِنْ كان مُضِرًّا بها فَالْخِيَارُ لِلْمَالِكِ لِأَنَّ الْأَرْضَ أَصْلٌ وَالْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ
تَابِعٌ لها فَكَانَ الملك (((المالك))) صَاحِبَ أَصْلٍ وَالْمُسْتَعِيرُ صَاحِبَ تَبَعٍ
فَكَانَ إثْبَاتُ الْخِيَارِ لِصَاحِبِ الْأَصْلِ أَوْلَى إنْ شَاءَ أَمْسَكَ الْغَرْسَ وَالْبِنَاءَ بِالْقِيمَةِ
وَإِنْ شَاءَ رضي بِالْقَلْعِ وَالنَّقْضِ
هذا إذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِلْغَرْسِ أو الْبِنَاءِ فَأَمَّا إذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِلزِّرَاعَةِ فَزَرَعَهَا
ثُمَّ أَرَادَ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَنْ يَأْخُذَهَا لم يَكُنْ له ذلك حتى يَحْصُدَ الزَّرْعَ بَلْ يُتْرَكُ
في يَدِهِ إلَى وَقْتِ الْحَصَادِ بِأَجْرِ الْمِثْلِ اسْتِحْسَانًا في الْقِيَاسِ أَنْ يَكُونَ له ذلك
كما في الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ لِلِاسْتِحْسَانِ أَنَّ النَّظَرَ من الْجَانِبَيْنِ وَرِعَايَةَ الْحَقَّيْنِ وَاجِبٌ عِنْدَ
الْإِمْكَانِ وَذَلِكَ مُمْكِنٌ في الزَّرْعِ لِأَنَّ إدْرَاكَ الزَّرْعِ له وَقْتٌ مَعْلُومٌ فَيُمْكِنُ

النَّظَرُ من الْجَانِبَيْنِ جَانِبِ الْمُسْتَعِيرِ لَا شَكَّ فيه وَجَانِبِ الْمَالِكِ بِالتَّرْكِ إلَى وَقْتِ الْحَصَادِ بِالْأَجْرِ وَلَا يُمْكِنُ في الْغَرْسِ وَالْبِنَاءِ لِأَنَّهُ ليس لِذَلِكَ وَقْتٌ مَعْلُومٌ فَكَانَ مُرَاعَاةُ صَاحِبِ الْأَصْلِ أَوْلَى

وَقَالُوا في بَابِ الْإِجَارَةِ إذَا انْقَضَتْ الْمُدَّةُ وَالزَّرْعُ بَقْلٌ لم يَسْتَحْصِدْ أَنَّهُ يُتْرَكُ في يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ إلَى وَقْتِ الْحَصَادِ بِأَجْرِ الْمِثْلِ كما في الْعَارِيَّةِ لِمَا قُلْنَا بِخِلَافِ بَابِ الْغَصْبِ لِأَنَّ التَّرْكَ لِلنَّظَرِ وَالْغَاصِبُ جَانٍ فَلَا يَسْتَحِقُّ النَّظَرَ بَلْ يُجْبَرُ على الْقَلْعِ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حَالِ الْمُسْتَعَارِ فَحَالُهُ أَنَّهُ أَمَانَةٌ في يَدِ الْمُسْتَعِيرِ في حَالِ الِاسْتِعْمَالِ بِالْإِجْمَاعِ فَأَمَّا في غَيْرِ حَالِ الِاسْتِعْمَالِ فَكَذَلِكَ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ مَضْمُونٌ وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم اسْتَعَارَ من صَفْوَانَ دِرْعًا يوم حُنَيْنٌ فقال صَفْوَانُ أَغَصْبًا يا محمد فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ وَلِأَنَّ الْعَيْنَ مَضْمُونَةُ الرَّدِّ حَالَ قِيَامِهَا فَكَانَتْ مَضْمُونَةَ الْقِيمَةِ حَالَ هَلَاكِهَا كَالْمَغْصُوبِ

وَهَذَا لِأَنَّ الْعَيْنَ اسْمٌ لِلصُّورَةِ وَالْمَعْنَى وَبِالْهَلَاكِ أن عَجَزَ عن رَدِّ الصُّورَةِ لم يَعْجِزْ عن رَدِّ الْمَعْنَى لِأَنَّ قِيمَةَ الشَّيْءِ مَعْنَاهُ فَيَجِبُ عليه رَدُّهُ بِمَعْنَاهُ كما في الْغَصْبِ وَلِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَ الْغَيْرِ لِنَفْسِهِ فَيَكُونُ مَضْمُونًا عليه كَالْمَقْبُوضِ على سَوْمِ الشِّرَاءِ

وَلَنَا أَنَّهُ لم يُوجَدْ من الْمُسْتَعِيرِ سَبَبُ وُجُوبِ الضَّمَانِ فَلَا يَجِبُ عليه الضَّمَانُ كَالْوَدِيعَةِ وَالْإِجَارَةِ وَإِنَّمَا قُلْنَا ذلك لِأَنَّ الضَّمَانَ لَا يَجِبُ على الْمَرْءِ بِدُونِ فِعْلِهِ وَفِعْلُهُ الْمَوْجُودُ منه ظَاهِرًا هو الْعَقْدُ وَالْقَبْضُ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ

أَمَّا الْعَقْدُ فَلِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ بِالْمَنْفَعَةِ تَمْلِيكًا أو إبَاحَةً على اخْتِلَافِ الْأَصْلَيْنِ

وَأَمَّا الْقَبْضُ فَلِوَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا إن قَبْضَ مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ فَبِالْإِذْنِ أَوْلَى وَهَذَا لِأَنَّ قَبْضَ مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ هو إثْبَاتُ الْيَدِ على مَالِ الْغَيْرِ وَحِفْظُهُ وَصِيَانَتُهُ عن الْهَلَاكِ وَهَذَا إحْسَانٌ في حَقِّ الْمَالِكِ قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ { هل جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إلَّا الْإِحْسَانُ } وقال تَبَارَكَ وَتَعَالَى { ما على الْمُحْسِنِينَ من سَبِيلٍ } دَلَّ أَنَّ قَبْضَ مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ فَمَعَ الْإِذْنِ أَوْلَى

الثاني (((والثاني))) إن الْقَبْضَ الْمَأْذُونَ فيه لَا يَكُونُ تَعَدِّيًا لِأَنَّهُ لَا يُفَوِّتُ يَدَ الْمَالِكِ وَلَا ضَمَانَ إلَّا على الْمُتَعَدِّي قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَلَا عُدْوَانَ إلَّا على الظَّالِمِينَ } بِخِلَافِ قَبْضِ الْغَصْبِ

وَأَمَّا الِاسْتِدْلَال بِضَمَانِ الرَّدِّ قُلْنَا إنْ وَجَبَ عليه رَدُّ الْعَيْنِ حَالَ قِيَامِهَا لم يَجِبْ عليه رَدُّ الْقِيمَةِ حَالَ هلالكها (((هلاكها))) وَقَوْلُهُ قِيمَتُهَا مَعْنَاهَا قُلْنَا مَمْنُوعٌ وَهَذَا لِأَنَّ الْقِيمَةَ هِيَ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ وَالدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ عَيْنٌ أُخْرَى لها صُورَةٌ وَمَعْنًى غَيْرُ الْعَيْنِ الْأُولَى فَالْعَجْزُ عن رَدِّ أَحَدِ الْعَيْنَيْنِ لم يُوجِبْ رَدَّ الْعَيْنِ الْأُخْرَى

وفي بَابِ الْغَصْبِ لَا يَجِبُ عليه ضَمَانُ الْقِيمَةِ بهذا الطَّرِيقِ بَلْ بِطَرِيقٍ آخَرَ وهو إتْلَافُ الْمَغْصُوبِ مَعْنًى لِمَا عُلِمَ وَهُنَا لم يُوجَدْ

حتى ولو وُجِدَ يَجِبُ الضَّمَانُ

ثُمَّ نَقُولُ إنَّمَا وَجَبَ عليه ضَمَانُ الرَّدِّ لِأَنَّ الْعَقْدَ مَتَى انْتَهَى بِانْتِهَاءِ الْمُدَّةِ أو بِالطَّلَبِ بَقِيَ الْعَيْنُ في يَدِهِ كَالْمَغْصُوبِ وَالْمَغْصُوبُ مَضْمُونُ الرَّدِّ حَالَ قِيَامِهِ وَمَضْمُونُ الْقِيمَةِ حَالَ هَلَاكِهِ وَعِنْدَنَا إذَا هَلَكَتْ في تِلْكَ الْحَالَةِ ضَمِنَ
وَأَمَّا قَوْلُهُ قَبْضُ مَالِ الْغَيْرِ لِنَفْسِهِ فَنَعَمْ لَكِنْ قَبْضُ مَالِ الْغَيْرِ لِنَفْسِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ لِمَا ذَكَرْنَا فَمَعَ الْإِذْنِ أَوْلَى
وَالْمَقْبُوضُ على سَوْمِ الشِّرَاءِ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْقَبْضِ بَلْ بِالْعَقْدِ بِطَرِيقِ التَّعَاطِي بِشَرْطِ الْخِيَارِ الثَّابِتِ دَلَالَةً لِمَا عُلِمَ وَلَا حُجَّةَ له في حديث صَفْوَانَ لِأَنَّ الرِّوَايَةَ قد اخْتَلَفَتْ فَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ هَرَبَ من رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم فَأَرْسَلَ إلَيْهِ فَأَمَّنَهُ وكان رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم يُرِيدُ حُنَيْنًا فقال هل عِنْدَكَ شَيْءٌ من السِّلَاحِ فقال عَارِيَّةً أو غَصْبًا فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَارِيَّةً فَأَعَارَهُ ولم يذكر فيه الضَّمَانَ
وَالْحَادِثَةُ حَادِثَةٌ وَاحِدَةٌ مَرَّةً وَاحِدَةً فَلَا يَكُونُ الثَّابِتُ إلَّا إحْدَاهُمَا فَتَعَارَضَتْ الرِّوَايَتَانِ فَسَقَطَ الِاحْتِجَاجُ مع ما أَنَّهُ إنْ ثَبَتَ فَيَحْتَمِلُ ضَمَانَ الرَّدِّ وَبِهِ نَقُولُ فَلَا يُحْمَلُ على ضَمَانِ الْغَيْرِ مع الِاحْتِمَالِ يُؤَيِّدُ ما قُلْنَا ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال الْعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُوجِبُ تَغَيُّرَ حَالِهَا فَالَّذِي يُغَيِّرُ حَالَ الْمُسْتَعَارِ من الْأَمَانَةِ إلَى الضَّمَانِ ما هو الْمُغَيِّرُ حَالَ الْوَدِيعَةِ وهو الْإِتْلَافُ حَقِيقَةً أو مَعْنًى بِالْمَنْعِ بَعْدَ الطَّلَبِ أو بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ وَبِتَرْكِ الْحِفْظِ وَبِالْخِلَافِ حتى لو حَبَسَ الْعَارِيَّةَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ أو بَعْدَ الطَّلَبِ قبل انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ يَضْمَنُ لِأَنَّهُ وَاجِبُ الرَّدِّ في هَاتَيْنِ الْحَالَتَيْنِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ وَقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ على الْيَدِ ما أَخَذَتْ حتى تَرُدَّهُ وَلِأَنَّ حُكْمَ الْعَقْدِ انْتَهَى بِانْقِضَاءِ الْمُدَّةِ أو الطَّلَبِ فَصَارَتْ الْعَيْنُ في يَدِهِ كَالْمَغْصُوبِ وَالْمَغْصُوبُ مَضْمُونُ الرَّدِّ حَالَ قِيَامِهِ وَمَضْمُونُ الْقِيمَةِ حَالَ هَلَاكِهِ
وَلَوْ رَدَّ الْعَارِيَّةَ مع عَبْدِهِ أو ابْنِهِ أو بَعْضِ من في عِيَالِهِ أو مع عبد الْمُعِيرِ أو رَدَّهَا بِنَفْسِهِ إلَى مَنْزِلِ الْمَالِكِ وَجَعَلَهَا فيه لَا يَضْمَنُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ يَضْمَنَ كما في الْوَدِيعَةِ وقد ذَكَرْنَا الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا في كِتَابِ الْوَدِيعَةِ وَكَذَا إذَا تَرَكَ الْحِفْظَ حتى ضَاعَتْ وَكَذَا إذَا خَالَفَ إلَّا أَنَّ في بَابِ الْوَدِيعَةِ إذَا خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إلَى الْوِفَاقِ يَبْرَأُ عن الضَّمَانِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وَهُنَا لَا يَبْرَأُ وقد تَقَدَّمَ الْفَرْقُ في كِتَابِ الْوَدِيعَةِ
وَلَوْ تَصَرَّفَ الْمُسْتَعِيرُ وَادَّعَى أَنَّ الْمَالِكَ قد أَذِنَ له بِذَلِكَ وَجَحَدَ الْمَالِكُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ حتى يَقُومَ لِلْمُسْتَعِيرِ على ذلك بَيِّنَةٌ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ منه سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ في الْأَصْلِ فَدَعْوَى الْإِذْنِ منه دَعْوَى أَمْرٍ عَارِضٍ فَلَا تُسْمَعُ إلَّا بِدَلِيلٍ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
كِتَابُ الْوَقْفِ وَالصَّدَقَةِ أَمَّا الْوَقْفُ فَالْكَلَامُ فيه في مَوَاضِعَ في بَيَانِ جَوَازِ الْوَقْفِ وَكَيْفِيَّتِهِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الْجَوَازِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْوَقْفِ الْجَائِزِ وما يَتَّصِلُ بِهِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ لَا خِلَافَ بين الْعُلَمَاءِ في جَوَازِ الْوَقْفِ في حَقِّ وُجُوبِ التَّصَدُّقِ بِالْفَرْعِ ما دَامَ الواقف (((الوقف))) حَيًّا حتى إن من وَقَفَ دَارِهِ أو أَرْضَهُ يَلْزَمُهُ التَّصَدُّقُ بِغَلَّةِ الدَّارِ وَالْأَرْضِ وَيَكُونُ ذلك بِمَنْزِلَةِ النَّذْرِ بِالتَّصَدُّقِ بِالْغَلَّةِ وَلَا خِلَافَ أَيْضًا في جَوَازِهِ في حَقِّ زَوَالِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ إذَا اتَّصَلَ بِهِ قَضَاءُ الْقَاضِي أو أَضَافَهُ إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ بِأَنْ قال إذَا مِتَّ فَقَدْ جَعَلْتُ دَارِي أو أَرْضِي وَقْفًا على كَذَا
أو قال هو وَقْفٌ في حَيَاتِي صدقه بَعْدَ وَفَاتِي
وَاخْتَلَفُوا في جَوَازِهِ مُزِيلًا لِمِلْكِ الرَّقَبَةِ إذَا لم تُوجَدْ الْإِضَافَةُ إلَى ما بَعْدَ

الْمَوْتِ وَلَا اتَّصَلَ بِهِ حُكْمُ حَاكِمٍ
قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ لَا يَجُوزُ حتى كان لِلْوَاقِفِ بَيْعُ الْمَوْقُوفِ وَهِبَتُهُ وإذا مَاتَ يَصِيرُ مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَعَامَّةُ الْعُلَمَاءِ رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ يَجُوزُ حتى لَا يُبَاعَ وَلَا يُوهَبَ وَلَا يُورَثَ
ثُمَّ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عن أبي حَنِيفَةَ لَا فَرْقَ بين ما إذَا وَقَفَ في حَالَةِ الصِّحَّةِ وَبَيْنَ ما إذَا وَقَفَ في حَالَةِ الْمَرَضِ حتى لَا يَجُوزَ عِنْدَهُ في الْحَالَيْنِ جميعا إذَا لم تُوجَدْ الْإِضَافَةُ وَلَا حُكْمُ الْحَاكِمِ
وَرَوَى الطَّحَاوِيُّ عنه أَنَّهُ إذَا وَقَفَ في حَالَةِ الْمَرَضِ جَازَ عِنْدَهُ وَيُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ وَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ بَعْدَ وَفَاتِهِ
وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَهُوَ جَائِزٌ في الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا بَنَى رِبَاطًا أو خَانًا لِلْمُجْتَازِينَ أو سِقَايَةً لِلْمُسْلِمِينَ أو جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً لَا تَزُولُ رَقَبَةُ هذه الْأَشْيَاءِ عن مِلْكِهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ إلا إذا أَضَافَهُ إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ أو حَكَمَ بِهِ حَاكِمٌ وَعِنْدَهُمَا

يَزُولُ بِدُونِ ذلك لَكِنْ عِنْدَ أبي يُوسُفَ بِنَفْسِ الْقَوْلِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ بِوَاسِطَةِ التَّسْلِيمِ وَذَلِكَ بِسُكْنَى الْمُجْتَازِينَ في الرِّبَاطِ وَالْخَانِ وَسِقَايَةُ الناس من السِّقَايَةِ وَالدَّفْنِ في الْمَقْبَرَةِ
وَأَجْمَعُوا على أَنَّ من جَعَلَ دَارِهِ أو أَرْضَهُ مَسْجِدًا يَجُوزُ وَتَزُولُ الرَّقَبَةُ عن مِلْكِهِ لَكِنَّ عَزْلَ الطَّرِيقِ وَإِفْرَازَهُ وَالْإِذْنَ لِلنَّاسِ بِالصَّلَاةِ فيه وَالصَّلَاةُ شَرْطٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ حتى كان له أَنْ يَرْجِعَ قبل ذلك وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ تَزُولُ الرَّقَبَةُ عن مِلْكِهِ بِنَفْسِ قَوْلِهِ جَعَلْتُهُ مَسْجِدًا وَلَيْسَ له أَنْ يَرْجِعَ عنه على ما نَذْكُرُهُ
وَجْهُ قَوْلِ الْعَامَّةِ الِاقْتِدَاءُ بِرَسُولِ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم وَالْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ وَعَامَّةِ الصَّحَابَةِ رِضْوَانُ اللَّهِ تَعَالَى عليهم أَجْمَعِينَ فإنه رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم وَقَفَ وَوَقَفَ سَيِّدُنَا أبو بَكْرٍ وَسَيِّدُنَا عُمَرُ وَسَيِّدُنَا عُثْمَانُ وَسَيِّدُنَا عَلِيٌّ وَغَيْرُهُمْ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وَأَكْثَرُ الصَّحَابَةِ وَقَفُوا وَلِأَنَّ الْوَقْفَ ليس إلَّا إزَالَةَ الْمِلْكِ عن الْمَوْقُوفِ وَجَعْلَهُ لِلَّهِ تَعَالَى خَالِصًا فَأَشْبَهَ الْإِعْتَاقَ وَجَعَلَ الْأَرْضَ أو الدَّارَ مَسْجِدًا
وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّهُ يَصِحُّ مُضَافًا إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ فَيَصِحُّ مُنَجَّزًا وَكَذَا لم اتَّصَلَ بِهِ قَضَاءُ الْقَاضِي يَجُوزُ وَغَيْرُ الْجَائِزِ لَا يَحْتَمِلُ الْجَوَازَ لِقَضَاءِ الْقَاضِي
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ ما روى عن عبدالله بن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال لَمَّا نَزَلَتْ سُورَةُ النِّسَاءِ وَفُرِضَتْ فيها الْفَرَائِضُ قال رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم لَا حَبْسَ عن فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى أَيْ لَا مَالَ يُحْبَسُ بعدم مَوْتِ صَاحِبِهِ عن الْقِسْمَةِ بين وَرَثَتِهِ وَالْوَقْفُ حَبْسٌ عن فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى عز شَأْنُهُ فَكَانَ مَنْفِيًّا شَرْعًا
وَعَنْ شُرَيْحٍ أَنَّهُ قال جاء مُحَمَّدٌ بِبَيْعِ الْحَبِيسِ وَهَذَا منه رِوَايَةً عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ الْمَوْقُوفِ لِأَنَّ الْحَبِيسَ هو الْمَوْقُوف فَعِيلٌ بِمَعْنَى الْمَفْعُولِ إذْ الْوَقْفُ حَبْسٌ لُغَةً فَكَانَ الْمَوْقُوفُ مَحْبُوسًا فَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَبِهِ

تَبَيَّنَ أَنَّ الْوَقْفَ لَا يُوجِبُ زَوَالَ الرَّقَبَةِ عن مِلْكِ الْوَاقِفِ
وَأَمَّا وَقْفُ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم فَإِنَّمَا جَازَ لِأَنَّ الْمَانِعَ من وُقُوعِهِ حَبْسًا عن فَرَائِضِ اللَّهِ عز وجل وَدَفْعُهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم لم يَقَعْ حَبْسًا عن فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى لِقَوْلِهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم زإنا (((إنا))) مَعَاشِرَ الْأَنْبِيَاءِ لَا نُورَثُ ما تَرَكْنَا صَدَقَةٌ
وَأَمَّا أَوْقَافُ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ فما كان منها في زَمَنِ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم احْتُمِلَ أنها كانت قبل نُزُولِ سُورَةِ النِّسَاءِ فلم تَقَعْ حَبْسًا عن فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى وما كان بَعْدَ وَفَاتِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَاحْتُمِلَ أَنَّ وَرَثَتَهُمْ أَمْضَوْهَا بِالْإِجَازَةِ وَهَذَا هو الظَّاهِرُ وَلَا كَلَامَ فيه وَإِنَّمَا جَازَ مُضَافًا إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ فَقَدْ أَخْرَجَهُ مَخْرَجَ الْوَصِيَّةِ فَيَجُوزُ كَسَائِرِ الْوَصَايَا لَكِنْ جَوَازُهُ بِطَرِيقِ الْوَصِيَّةِ لَا يَدُلُّ على جَوَازِهِ لَا بِطَرِيقِ الْوَصِيَّةِ
أَلَا تَرَى لو أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِلْفُقَرَاءِ جَازَ وَلَوْ تَصَدَّقَ بِثُلُثِ مَالِهِ على الْفُقَرَاءِ لَا يَجُوزُ
وَأَمَّا إذَا حَكَمَ بِهِ حَاكِمٌ فَإِنَّمَا جَازَ لِأَنَّ حُكْمَهُ صَادَفَ مَحَلَّ الِاجْتِهَادِ وَأَفْضَى اجْتِهَادُهُ إلَيْهِ وَقَضَاءُ الْقَاضِي في مَوْضِعِ الِاجْتِهَادِ بِمَا أَفْضَى إلَيْهِ اجْتِهَادُهُ جَائِزٌ كما في سَائِرِ الْمُجْتَهَدَاتِ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ الْجَوَازِ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْوَاقِفِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْوَقْفِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ الْمَوْقُوفِ أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْوَاقِفِ فَأَنْوَاعٌ منها الْعَقْلُ وَمِنْهَا الْبُلُوغُ فَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ من الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لِأَنَّ الْوَقْفَ من التَّصَرُّفَاتِ الضَّارَّةِ لِكَوْنِهِ إزَالَةَ الْمِلْكِ بِغَيْرِ عِوَضٍ وَالصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ لَيْسَا من أَهْلِ التَّصَرُّفَاتِ الضَّارَّةِ وَلِهَذَا لَا تَصِحُّ مِنْهُمَا الْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ وَالْإِعْتَاقُ وَنَحْوُ ذلك

وَمِنْهَا الْحُرِّيَّةُ فَلَا يَمْلِكُهُ الْعَبْدُ لِأَنَّهُ إزَالَةُ الْمِلْكِ وَالْعَبْدُ ليس من أَهْلِ الْمِلْكِ وَسَوَاءٌ كان مَأْذُونًا أو مَحْجُورًا لِأَنَّ هذا ليس من بَابِ التِّجَارَةِ وَلَا من ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ فَلَا يَمْلِكُهُ الْمَأْذُونُ كما لَا يَمْلِكُ الصَّدَقَةَ وَالْهِبَةَ وَالْإِعْتَاقَ
وَمِنْهَا أَنْ يُخْرِجَهُ الْوَاقِفُ من يَدِهِ وَيَجْعَلَ له قَيِّمًا وَيُسَلِّمَهُ إلَيْهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ هذا ليس بِشَرْطٍ
وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه وَقَفَ وكان يَتَوَلَّى أَمْرَ وَقْفِهِ بِنَفْسِهِ وكان في يَدِهِ
وَرُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ كان يَفْعَلُ كَذَلِكَ وَلِأَنَّ هذا إزَالَةُ الْمِلْكِ لَا إلَى أحد (((حد))) فَلَا يُشْتَرَطُ فيه التَّسْلِيمُ كَالْإِعْتَاقِ
وَلَهُمَا أَنَّ الْوَقْفَ إخْرَاجُ الْمَالِ عن الْمِلْكِ على وَجْهِ الصَّدَقَةِ فَلَا يَصِحُّ بِدُونِ التَّسْلِيمِ كَسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ
وَأَمَّا وَقْفُ سَيِّدِنَا عُمَرَ وَسَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنهما فَاحْتَمَلَ أَنَّهُمَا أَخْرَجَاهُ عن أَيْدِيهِمَا وَسَلَّمَاهُ إلَى الْمُتَوَلِّي بَعْدَ ذلك فَصَحَّ كَمَنْ وَهَبَ من آخَرَ شيئا أو تَصَدَّقَ أو لم يُسَلِّمْ إلَيْهِ وَقْتَ الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ ثُمَّ سَلَّمَ صَحَّ التَّسْلِيمُ
كَذَا هذا

ثُمَّ التَّسْلِيمُ في الْوَقْفِ عِنْدَهُمَا أَنْ يَجْعَلَ له قَيِّمًا وَيُسَلِّمَهُ إلَيْهِ وفي الْمَسْجِدِ أَنْ يصلي فيه جَمَاعَةً بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ بِإِذْنِهِ كَذَا ذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في شَرْحِهِ أَنَّهُ إذَا أَذِنَ لِلنَّاسِ بِالصَّلَاةِ فيه فَصَلَّى وَاحِدٌ كان تَسْلِيمًا وَيَزُولُ مِلْكُهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَشْرُطَ الْوَاقِفُ لِنَفْسِهِ من مَنَافِعِ الْوَقْفِ شيئا عِنْدَ أبي يُوسُفَ ليس بِشَرْطٍ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ شَرْطٌ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ هذا إخْرَاجُ الْمَالِ إلَى اللَّهِ تَعَالَى وَجَعْلُهُ خَالِصًا له وَشَرْطُ الِانْتِفَاعِ لِنَفْسِهِ يَمْنَعُ الْإِخْلَاصَ فَيَمْنَعُ جَوَازَ الْوَقْفِ كما إذَا جَعَلَ أَرْضَهُ أو دَارِهِ مَسْجِدًا وَشَرَطَ من مَنَافِعِ ذلك لِنَفْسِهِ شيئا وَكَمَا لو أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَشَرَطَ خِدْمَتَهُ لِنَفْسِهِ وَلِأَبِي يُوسُفَ ما رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ وَقَفَ وَشَرَطَ في وَقْفِهِ لَا جُنَاحَ على من وَلِيَهُ أَنْ يَأْكُلَ منه بِالْمَعْرُوفِ وكان يَلِي أَمْرَ وَقْفِهِ بِنَفْسِهِ

وَعَنْ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْوَاقِفَ إذَا شَرَطَ لِنَفْسِهِ بَيْعَ الْوَقْفِ وَصَرْفَ ثَمَنِهِ إلَى ما هو أَفْضَلُ منه يَجُوزُ لِأَنَّ شَرْطَ الْبَيْعِ شَرْطٌ لَا يُنَافِيهِ الْوَقْفُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُبَاعُ بَابُ الْمَسْجِدِ إذَا خَلِقَ وَشَجَرُ الْوَقْفِ إذَا يَبِسَ وَمِنْهَا أَنْ يَجْعَلَ آخِرَهُ بِجِهَةٍ لَا تَنْقَطِعُ أَبَدًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ فَإِنْ لم يذكر ذلك لم يَصِحَّ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ أبي يُوسُف ذِكْرُ هذا ليس بِشَرْطٍ بَلْ يَصِحُّ وَإِنْ سَمَّى جِهَةً تَنْقَطِعُ وَيَكُونُ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لم يُسَمِّهِمْ

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّهُ ثَبَتَ الْوَقْفُ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم وَعَنْ الصَّحَابَةِ ولم يَثْبُتْ عَنْهُمْ هذا الشَّرْطُ ذِكْرًا وَتَسْمِيَةً وَلِأَنَّ قَصْدَ الْوَاقِفِ أَنْ يَكُونَ آخِرُهُ لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لم يُسَمِّهِمْ هو في الظَّاهِرِ من حَالِهِ فَكَانَ تَسْمِيَةُ هذا الشَّرْطِ ثَابِتًا دَلَالَةً وَالثَّابِتُ دَلَالَةً كَالثَّابِتِ نَصًّا وَلَهُمَا أَنَّ التَّأْبِيدَ شَرْطُ جَوَازِ الْوَقْفِ لِمَا نَذْكُرُ وَتَسْمِيَةُ جِهَةٍ تَنْقَطِعُ تَوْقِيتٌ له مَعْنًى فَيَمْنَعُ الْجَوَازَ

وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْوَقْفِ فَهُوَ التَّأْبِيدُ وهو أَنْ يَكُونَ مُؤَبَّدًا حتى لو وَقَّتَ لم يَجُزْ لِأَنَّهُ إزَالَةُ الْمِلْكِ لَا إلَى أحد (((حد))) فَلَا تَحْتَمِلُ التَّوْقِيتَ كَالْإِعْتَاقِ وَجَعْلِ الدَّارِ مَسْجِدًا

فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَوْقُوفِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا يُنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ كَالْعَقَارِ وَنَحْوِهِ فَلَا يَجُوزُ وَقْفُ الْمَنْقُولِ مَقْصُودًا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ التَّأْبِيدَ شَرْطُ جَوَازِهِ وَوَقْفُ الْمَنْقُولِ لَا يَتَأَبَّدُ لِكَوْنِهِ على شَرَفِ الْهَلَاكِ فَلَا يَجُوزُ وَقْفُهُ مَقْصُودًا إلَّا إذَا كان تَبَعًا لِلْعَقَارِ بِأَنْ وَقَفَ ضَيْعَةً بِبَقَرِهَا وَأَكَرَتِهَا وَهُمْ عَبِيدُهُ فَيَجُوزُ كَذَا قَالَهُ أبو يُوسُفَ

وَجَوَازُهُ تَبَعًا لِغَيْرِهِ لَا يَدُلُّ على جَوَازِهِ مَقْصُودًا كَبَيْعِ الشُّرْبِ وَمَسِيلِ الْمَاءِ وَالطَّرِيقِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ مَقْصُودًا وَيَجُوزُ تَبَعًا لِلْأَرْضِ وَالدَّارِ وَإِنْ كان شيئا جَرَتْ الْعَادَةُ بِوَقْفِهِ كَوَقْفِ الْمَرِّ وَالْقَدُومِ لِحَفْرِ الْقُبُورِ وَوَقْفِ الْمِرْجَلِ لِتَسْخِينِ الْمَاءِ وَوَقْفِ الْجِنَازَةِ وَثِيَابِهَا

وَلَوْ وَقَفَ أَشْجَارًا قَائِمَةً فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ لِأَنَّهُ وَقَفَ الْمَنْقُولَ وفي الِاسْتِحْسَانِ يَجُوزُ لِتَعَامُلِ الناس ذلك وما رَآهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ الْكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ في سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ مَنْقُولٌ وما جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَجُوزُ وَيَجُوزُ عِنْدَهُمَا بَيْعُ ما هَرِمَ منها أو صَارَ بِحَالٍ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ فَيُبَاعُ وَيُرَدُّ ثَمَنُهُ في مِثْلِهِ كَأَنَّهُمَا تَرَكَا الْقِيَاسَ في الْكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ بِالنَّصِّ وهو ما رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال أَمَّا خَالِدٌ فَقَدْ احْتَبَسَ أَكْرَاعًا وَأَفْرَاسًا في سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى وَلَا حُجَّةَ لَهُمَا في الحديث لِأَنَّهُ ليس فيه أَنَّهُ وَقَفَ ذلك فَاحْتَمَلَ قَوْلُهُ حَبَسَهُ أَيْ أَمْسَكَهُ لِلْجِهَادِ لَا لِلتِّجَارَةِ

وَأَمَّا وَقْفُ الْكُتُبِ فَلَا يَجُوزُ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَمَّا على قَوْلِهِمَا فَقَدْ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه وَحُكِيَ عن نَصْرِ بن يحيى أَنَّهُ وَقَفَ على الْفُقَهَاءِ من أَصْحَابِ أبي حَنِيفَةَ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَوْقُوفُ مَقْسُومًا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَلَا يَجُوزُ وَقْفُ الْمُشَاعِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ هذا ليس بِشَرْطٍ وَيَجُوزُ مَقْسُومًا كان أو مُشَاعًا لِأَنَّ التَّسْلِيمَ شَرْطُ الْجَوَازِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَالشُّيُوعُ يُخِلُّ بِالْقَبْضِ وَالتَّسْلِيمِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ التَّسْلِيمُ ليس بِشَرْطٍ أَصْلًا فَلَا يَكُونُ الخلل (((الخل))) فيه مَانِعًا وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ مَلَكَ مِائَةَ سَهْمٍ بِخَيْبَرَ فقال له رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم احْبِسْ أَصْلَهَا فَدَلَّ على أَنَّ الشُّيُوعَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَقْفِ
وَجَوَابُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ وَقَفَ مِائَةَ سَهْمٍ قبل الْقِسْمَةِ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ بَعْدَهَا فَلَا يَكُونُ حُجَّةً مع الشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ على أَنَّهُ إنْ ثَبَتَ أَنَّ الْوَقْفَ كان قبل الْقِسْمَةِ فَيُحْمَلُ أَنَّهُ وَقَفَهَا شَائِعًا ثُمَّ قَسَّمَ وسلم وقد رُوِيَ أَنَّهُ فَعَلَ كَذَلِكَ

وَذَلِكَ جَائِزٌ كما لو وَهَبَ مُشَاعًا ثُمَّ قَسَّمَ وسلم
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الْوَقْفِ الْجَائِزِ وما يَتَّصِلُ بِهِ فَالْوَقْفُ إذَا جَازَ على اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ في ذلك فَحُكْمُهُ أَنَّهُ يَزُولُ

(6/220)

الْمَوْقُوفُ عن مِلْكِ الْوَاقِفِ وَلَا يَدْخُلُ في مِلْكِ الْمَوْقُوفِ عليه لَكِنَّهُ يَنْتَفِعُ بِغَلَّتِهِ بِالتَّصَدُّقِ عليه لِأَنَّ الْوَقْفَ حَبْسُ الْأَصْلِ وَتَصَدُّقٌ بِالْفَرْعِ وَالْحَبْسُ لَا يُوجِبُ مِلْكَ الْمَحْبُوسِ كَالرَّهْنِ وَالْوَاجِبُ أَنْ يَبْدَأَ بِصَرْفِ الْفَرْعِ إلَى مَصَالِحِ الْوَقْفِ من عِمَارَتِهِ وَإِصْلَاحِ ما وهى من بِنَائِهِ وَسَائِرِ مُؤْنَاتِهِ التي لَا بُدَّ منها سَوَاءٌ شَرَطَ ذلك الْوَاقِفُ أو لم يَشْرُطْ لِأَنَّ الْوَقْفَ صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ في سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى وَلَا تَجْرِي إلَّا بهذا الطَّرِيقِ وَلَوْ وَقَفَ دَارِهِ على سُكْنَى وَلَدِهِ فَالْعِمَارَةُ على من له السُّكْنَى لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ له فَكَانَتْ الْمُؤْنَةُ عليه لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ كَالْعَبْدِ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ إن نَفَقَتَهُ على الْمُوصَى له بِالْخِدْمَةِ لِمَا قُلْنَا
كَذَا هذا
فَإِنْ امْتَنَعَ من الْعِمَارَةِ ولم يَقْدِرْ عليها بِأَنْ كان فَقِيرًا آجَرَهَا الْقَاضِي وَعَمَرَهَا بِالْأُجْرَةِ لِأَنَّ استبقاء (((استيفاء))) الْوَقْفِ وَاجِبٌ وَلَا يبقي إلَّا بِالْعِمَارَةِ فإذا امْتَنَعَ عن ذلك أو عَجَزَ عنه نَابَ الْقَاضِي مَنَابَهُ في اسْتِبْقَائِهِ بِالْإِجَارَةِ كَالْعَبْدِ وَالدَّابَّةِ إذَا امْتَنَعَ صَاحِبُهَا عن الْإِنْفَاقِ عليها أَنْفَقَ الْقَاضِي عليها بِالْإِجَارَةِ

كَذَا هذا
وما انْهَدَمَ من بِنَاءِ الْوَقْفِ وَآلَتِهِ صَرَفَهُ الْحَاكِمُ في عِمَارَةِ الْوَقْفِ إنْ احْتَاجَ إلَيْهِ وَإِنْ اسْتَغْنَى عنه أَمْسَكَهُ إلَى وَقْتِ الْحَاجَةِ إلَى عِمَارَتِهِ فَيَصْرِفُهُ فيها وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَصْرِفَهُ إلَى مُسْتَحِقِّي الْوَقْفِ لِأَنَّ حَقَّهُمْ في الْمَنْفَعَةِ وَالْغَلَّةِ لَا في الْعَيْنِ بَلْ هِيَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى على الْخُلُوصِ
وَلَوْ جَعَلَ دَارِهِ مَسْجِدًا فَخَرِبَ جِوَارُ الْمَسْجِدِ أو اسْتَغْنَى عنه لَا يَعُودُ إلَى مِلْكِهِ

وَيَكُونُ مَسْجِدًا أَبَدًا عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَعُودُ إلَى مِلْكِهِ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ أَزَالَ مِلْكَهُ بِوَجْهٍ مَخْصُوصٍ وهو التَّقَرُّبُ إلَى اللَّهِ تَعَالَى بِمَكَانٍ يُصَلِّي فيه الناس فإذا اسْتَغْنَى عنه فَقَدْ فَاتَ غَرَضُهُ منه فَيَعُودُ إلَى مِلْكِهِ كما لو كَفَّنَ مَيِّتًا ثُمَّ أَكَلَهُ سَبْعٌ وَبَقِيَ الْكَفَنُ يَعُودُ إلَى مِلْكِهِ كَذَا هذا
وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَمَّا جَعَلَهُ مَسْجِدًا فَقَدْ حَرَّرَهُ وَجَعَلَهُ خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالَى على الْإِطْلَاقِ وَصَحَّ ذلك فَلَا يَحْتَمِلُ الْعَوْدَ إلَى مِلْكِهِ كَالْإِعْتَاقِ بِخِلَافِ تَكْفِينِ الْمَيِّتِ لِأَنَّهُ ما حَرَّرَ الْكَفَنَ وَإِنَّمَا دَفَعَ حَاجَةَ الْمَيِّتِ بِهِ وهو سَتْرُ عَوْرَتِهِ وقد اسْتَغْنَى عنه فَيَعُودُ مِلْكًا له
وَقَوْلُهُ أَزَالَ مِلْكَهُ بِوَجْهٍ وَقَعَ الِاسْتِغْنَاءُ عنه قُلْنَا مَمْنُوعٌ فإن الْمُجْتَازِينَ يُصَلُّونَ فيه وَكَذَا احْتِمَالُ عَوْدِ الْعِمَارَةِ قَائِمٌ وَجِهَةُ الْقُرْبَةِ قد صَحَّتْ بِيَقِينٍ فَلَا تَبْطُلُ بِاحْتِمَالِ عَدَمِ حُصُولِ الْمَقْصُودِ
وَلَوْ وَقَفَ دَارًا أو أَرْضًا على مَسْجِدٍ مُعَيَّنٍ قال بَعْضُهُمْ هو على الِاخْتِلَافِ على قَوْلِ أبي يُوسُفَ يَجُوزُ وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ بِنَاءً على أَنَّ الْمَسْجِدَ عِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا يَصِيرُ مِيرَاثًا بِالْخَرَابِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَصِيرُ مِيرَاثًا
وقال أبو بَكْرٍ الْأَعْمَشُ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ بِالِاتِّفَاقِ وقال أبو بَكْرٍ الْإِسْكَافُ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ بِالِاتِّفَاقِ
فَصْلٌ وَأَمَّا الصَّدَقَةُ إذَا قال دَارِي هذه في الْمَسَاكِينِ صَدَقَةً تَصَدَّقَ بِثَمَنِهَا وَإِنْ تَصَدَّقَ بِعَيْنِهَا جَازَ لِأَنَّ النَّاذِرَ بِالنَّذْرِ يَتَقَرَّبُ إلَى اللَّهِ تَعَالَى بِالْمَنْذُورِ بِهِ وَمَعْنَى الْقُرْبَةِ يَحْصُلُ بِالتَّصَدُّقِ بِثَمَنِ الدَّارِ
وَلَوْ تَصَدَّقَ بِعَيْنِ الدَّارِ جَازَ لِأَنَّهُ أَدَّى الْمَنْصُوصَ عليه وَلَوْ قال دَارِي هذه صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ على الْمَسَاكِينِ تَصَدَّقَ بِالسُّكْنَى وَالْغَلَّةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْمَنْذُورَ بِهِ صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ وَالْوَقْفُ حَبْسُ الْأَصْلِ وَتَصَدُّقٌ الفرع (((بالفرع))) وَلَوْ قال مَالِي في الْمَسَاكِينِ صَدَقَةً تَصَدَّقَ بِكُلِّ مَالٍ تَجِبُ فيه الزَّكَاةُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِالْكُلِّ لِأَنَّ اسْمَ الْمَالِ يَنْطَلِقُ على الْكُلِّ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ إيجَابَ الْعَبْدِ مُعْتَبَرٌ بِإِيجَابِ اللَّهِ تَعَالَى ثُمَّ إيجَابِ الصَّدَقَةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِاسْمِ اللَّهِ من اللَّهِ تَعَالَى في قَوْله تَعَالَى { خُذْ من أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً } وَنَحْوُ ذلك نصرف (((تصرف))) إلَى بَعْضِ الْأَمْوَالِ دُونَ الْكُلِّ فَكَذَا إيجَابُ الْعَبْدِ
وَلَوْ قال ما أَمْلِكُهُ فَهُوَ صَدَقَةٌ تَصَدَّقَ بِجَمِيعِ مَالِهِ وَيُقَال له أَمْسِكْ قَدْرَ ما تُنْفِقُهُ على نَفْسِك وَعِيَالِك إلَى أَنْ تَكْتَسِبَ مَالًا فإذا اكتسب (((اكتسبت))) مَالًا تَصَدَّقْت بِمِثْلِ ما أَمْسَكْت لِنَفْسِك لِأَنَّهُ أَضَافَ الصَّدَقَةَ إلَى الْمَمْلُوكِ وَجَمِيعُ مَالِهِ مَمْلُوكٌ له فَيَتَصَدَّقُ بِالْجَمِيعِ إلَّا أَنَّهُ يُقَالُ له أَمْسِكْ قَدْرَ النَّفَقَةِ لِأَنَّهُ لو تَصَدَّقَ بِالْكُلِّ على غَيْرِهِ لَاحْتَاجَ إلَى أَنْ يَتَصَدَّقَ غَيْرُهُ عليه وقد قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ابْدَأْ بِنَفْسِك ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
كِتَابُ الدَّعْوَى الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ رُكْنِ الدَّعْوَى وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وفي بَيَانِ حَدِّ الْمُدَّعِي

وَالْمُدَّعَى عليه وفي بَيَانِ حُكْمِ الدَّعْوَى وما يَتَّصِلُ بِهِ وفي بَيَانِ حُجَّةِ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عليه وفي بَيَانِ عَلَائِقِ الْيَمِينِ وفي بَيَانِ ما تَنْدَفِعُ بِهِ الْخُصُومَةُ عن الْمُدَّعَى عليه وَيَخْرُجُ عن كَوْنِهِ خَصْمًا وفي بَيَانِ حُكْمِ تَعَارُضِ الدَّعْوَتَيْنِ مع تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ وَحُكْمِ تَعَارُضِ الدَّعْوَى لَا غير وفي بَيَانِ حُكْمِ الْمِلْكِ وَالْحَقِّ الثَّابِتِ في الْمَحَلِّ

أَمَّا رُكْنُ الدَّعْوَى فَهُوَ قَوْلُ الرَّجُلِ لي على فُلَانٍ أو قِبَلَ فُلَانٍ كَذَا أو قَضَيْتُ حَقَّ فُلَانٍ أو أَبْرَأَنِي عن حَقِّهِ وَنَحْوُ ذلك فإذا قال ذلك فَقَدْ تَمَّ الرُّكْنُ

فَصْلٌ وَأَمَّا الشَّرَائِطُ الْمُصَحِّحَةُ لِلدَّعْوَى فَأَنْوَاعٌ منها عَقْلُ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عليه فَلَا تَصِحُّ دَعْوَى الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ وَكَذَا لَا تَصِحُّ الدَّعْوَى عَلَيْهِمَا حتى لَا يَلْزَمَ الْجَوَابُ وَلَا تُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ لِأَنَّهُمَا مَبْنِيَّانِ على الدَّعْوَى الصَّحِيحَةِ وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى مَعْلُومًا لِتَعَذُّرِ الشَّهَادَةِ وَالْقَضَاءِ بِالْمَجْهُولِ وَالْعِلْمُ بِالْمُدَّعَى إنَّمَا يَحْصُلُ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ إمَّا الْإِشَارَةُ وَإِمَّا التَّسْمِيَةُ

وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ المدعي لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ عَيْنًا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ دَيْنًا فَإِنْ كان عَيْنًا فَلَا يَخْلُو أما إنْ كان مُحْتَمِلًا لِلنَّقْلِ أو لم يَكُنْ مُحْتَمِلًا لِلنَّقْلِ فَإِنْ كان مُحْتَمِلًا لِلنَّقْلِ فَلَا بُدَّ من إحْضَارِهِ لِتُمْكِنَ الْإِشَارَةُ إلَيْهِ عِنْدَ الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ فَيَصِيرُ مَعْلُومًا بها إلَّا إذَا تَعَذَّرَ نَقْلُهُ كَحَجَرِ الرَّحَى وَنَحْوِهِ فَإِنْ شَاءَ الْقَاضِي اسْتَحْضَرَهُ وَإِنْ شَاءَ بَعَثَ إلَيْهِ أَمِينًا وَإِنْ لم يَكُنْ مُحْتَمِلًا لِلنَّقْلِ وهو الْعَقَارُ فَلَا بُدَّ من بَيَانِ حَدِّهِ لِيَكُونَ مَعْلُومًا لِأَنَّ الْعَقَارَ لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا إلَّا بِالتَّحْدِيدِ ثُمَّ لَا خِلَافَ في أَنَّهُ لَا يُكْتَفَى فيه بِذِكْرِ حَدٍّ وَاحِدٍ وَكَذَا بِذِكْرِ حَدَّيْنِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ وَهَلْ تَقَعُ الْكِفَايَةُ بِذِكْرِ ثَلَاثَةِ حُدُودٍ قال عُلَمَاؤُنَا الثَّلَاثَةُ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ نعم وقال زُفَرُ رضي اللَّهُ عنه لَا وَهِيَ مَسْأَلَةُ كِتَابِ الشُّرُوطِ وَكَذَا لَا بُدَّ من بَيَانِ مَوْضِعِ الْمَحْدُودِ وَبَلَدِهِ لِيَصِيرَ مَعْلُومًا هذا إذَا كان الْمُدَّعَى عَيْنًا فَإِنْ كان دَيْنًا فَلَا بُدَّ من بَيَانِ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ لِأَنَّ الدَّيْنَ لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا إلَّا بِبَيَانِ هذه الْأَشْيَاءِ

وَمِنْهَا أَنْ يَذْكُرَ الْمُدَّعِي في دَعْوَى الْعَقَارِ أَنَّهُ في يَدِ الْمُدَّعَى عليه لِأَنَّ الدَّعْوَى لَا بُدَّ وَأَنْ تَكُونَ على خَصْمٍ وَالْمُدَّعَى عليه إنَّمَا يَصِيرُ خَصْمًا إذَا كان بيده فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَذْكُرَ أَنَّهُ في يَدِهِ لِيَصِيرَ خَصْمًا فإذا ذَكَرَ وَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عليه وَلَا بَيِّنَةَ لِلْمُدَّعِي فإنه يَحْلِفُ من غَيْرِ الْحَاجَةِ إلَى إقَامَةِ الْبَيِّنَةِ من الْمُدَّعِي على أَنَّهُ في يَدِ الْمُدَّعَى عليه وَلَوْ كان له بَيِّنَةٌ لَا تُسْمَعُ حتى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ على أَنَّهُ في يَدِ هذا الْمُدَّعَى عليه وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ من الْجَائِزِ أَنْ يَكُونَ صَاحِبُ الْيَدِ غَيْرَهُ وَاصْطَلَحَا على ذلك فَلَوْ سمع الْقَاضِي بَيِّنَتَهُ لَكَانَ قَضَاءً على الْغَائِبِ وَهَذَا الْمَعْنَى هُنَا مُتَعَذِّرٌ لِأَنَّهُ لَا قَضَاءَ هُنَا أَصْلًا لِأَنَّ الْمُدَّعَى عليه لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَحْلِفَ وَإِمَّا أَنْ يَنْكُلَ فَإِنْ حَلَفَ فَالْأَمْرُ فيه ظَاهِرٌ وَإِنْ نَكَلَ فَكَذَا لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَقْضِي بِشَيْءٍ وَإِنَّمَا يَأْمُرُهُ بِأَنْ يَخْرُجَ من الدَّارِ وَيُخَلِّيَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمُدَّعِي وَمِنْهَا أَنْ يَذْكُرَ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ لِأَنَّ حَقَّ الْإِنْسَانِ إنَّمَا يَجِبُ إيفَاؤُهُ بِطَلَبِهِ وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ بِلِسَانِهِ عَيْنًا إذَا لم يَكُنْ بِهِ عُذْرٌ إلَّا إذَا رضي الْمُدَّعَى عليه بِلِسَانِ غَيْرِهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَة وَعِنْدَهُمَا ليس بِشَرْطٍ حتى لو وَكَّلَ الْمُدَّعِي بِالْخُصُومَةِ من غَيْرِ عُذْرٍ ولم يَرْضَ بِهِ الْمُدَّعَى عليه لَا تَصِحُّ دَعْوَاهُ عِنْدَهُ حتى لَا يَلْزَمَ الْجَوَابُ وَلَا تُسْمَعَ منه الْبَيِّنَةُ وَعِنْدَهُمَا تَصِحُّ حتى يَلْزَمَ وَتُسْمَعَ لِمَا عُلِمَ في كِتَابِ الْوَكَالَةِ وَمِنْهَا مَجْلِسُ الْحُكْمِ فَلَا تُسْمَعُ الدَّعْوَى إلَّا بين يَدَيْ الْقَاضِي كما لَا تُسْمَعُ الشَّهَادَةُ إلَّا بين يَدَيْهِ

وَمِنْهَا حَضْرَةُ الْخَصْمِ فَلَا تُسْمَعُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَةُ إلَّا على خَصْمٍ حَاضِرٍ إلَّا إذَا الْتَمَسَ الْمُدَّعِي بِذَلِكَ كِتَابًا حُكْمِيًّا لِلْقَضَاءِ بِهِ فَيُجِيبُهُ الْقَاضِي إلَيْهِ فَيَكْتُبُ إلَى الْقَاضِي الذي للغائب (((الغائب))) في بَلَدِهِ بِمَا سَمِعَهُ من الدَّعْوَى

وَالشَّهَادَةِ لِيَقْضِيَ عليه وَهَذَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ حَضْرَةُ الْمُدَّعَى عليه لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِسَمَاعِ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَةِ وَالْقَضَاءِ فَيَجُوزُ الْقَضَاءُ على الْغَائِبِ عِنْدَهُ وَعِنْدَنَا لَا يَجُوزُ

وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ ظَهَرَ صِدْقُ الْمُدَّعِي في دَعْوَاهُ على الْغَائِبِ بِالْبَيِّنَةِ فَيَجُوزُ الْقَضَاءُ بِبَيِّنَتِهِ قِيَاسًا على الْحَاضِرِ وَدَلَالَةُ الْوَصْفِ أَنَّ دَعْوَى الْمُدَّعِي وَإِنْ كان خيرا (((خبرا))) يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ وَالْكَذِبَ لَكِنْ يُرَجَّحُ جَانِبُ صِدْقِهِ على جَانِبِ الْكَذِبِ في خَبَرِهِ بِالْبَيِّنَةِ فَيَظْهَرُ صِدْقُهُ في دَعْوَاهُ كما إذَا كان الْمُدَّعَى عليه حَاضِرًا يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْمُدَّعَى عليه لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ مُقِرًّا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مُنْكِرًا فَإِنْ كان مُقِرًّا فَكَانَ الْمُدَّعِي صَادِقًا في دَعْوَاهُ فَلَا حَاجَةَ إلَى الْقَضَاءِ وَإِنْ كان مُنْكِرًا فَظَهَرَ صِدْقُهُ بِالْبَيِّنَةِ فَكَانَ الْقَضَاءُ بِالْبَيِّنَةِ قَضَاءً بِحُجَّةٍ مُظْهِرَةٍ لِلْحَقِّ فَجَازَ

وَلَنَا ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لِسَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه لَا تَقْضِ لِأَحَدِ الْخَصْمَيْنِ ما لم تَسْمَعْ كَلَامَ الْآخَرِ نَهَاهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عن الْقَضَاءِ

لِأَحَدِ الْخَصْمَيْنِ قبل سَمَاعِ كَلَامِ الْآخَرِ وَالْقَضَاءُ بِالْحَقِّ لِلْمُدَّعِي حَالَ غَيْبَةِ الْمُدَّعَى عليه قَضَاءٌ لِأَحَدِ الْخَصْمَيْنِ قبل سَمَاعِ كَلَامِ الْآخَرِ فَكَانَ مَنْهِيًّا عنه وَلِأَنَّ الْقَاضِيَ مَأْمُورٌ بِالْقَضَاءِ بِالْحَقِّ قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ { يا دَاوُد إنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً في الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بين الناس بِالْحَقِّ }

وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعَمْرِو بن الْعَاصِ اقْضِ بين هَذَيْنِ قال أَقْضِي وَأَنْتَ حَاضِرٌ بَيْنَنَا فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اقْضِ بَيْنَهُمَا بِالْحَقِّ وَالْحَقُّ اسْمٌ لِلْكَائِنِ الثَّابِتِ وَلَا ثُبُوتَ مع احْتِمَالِ الْعَدَمِ وَاحْتِمَالُ الْعَدَمِ ثَابِتٌ في الْبَيِّنَةِ لِاحْتِمَالِ الْكَذِبِ فلم يَكُنْ الْحُكْمُ بِالْبَيِّنَةِ حُكْمًا بِالْحَقِّ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ الْحُكْمُ بها أَصْلًا إلَّا أنها جُعِلَتْ حُجَّةً لِضَرُورَةِ فَصْلِ الْخُصُومَاتِ وَالْمُنَازَعَاتِ ولم يَظْهَرْ حَالَةَ الْغَيْبَةِ وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عن كَلَامِهِ

ثُمَّ إنَّمَا لَا يَجُوزُ الْقَضَاءُ عِنْدَنَا على الْغَائِبِ إذَا لم يَكُنْ عنه خَصْمٌ حَاضِرٌ فَإِنْ كان يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَكُونُ قَضَاءً على الْحَاضِرِ حَقِيقَةً وَمَعْنًى وَالْخَصْمُ الْحَاضِرُ والوكيل (((الوكيل))) وَالْوَصِيُّ وَالْوَارِثُ وَمَنْ كان بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْغَائِبِ اتِّصَالٌ فِيمَا وَقَعَ فيه الدَّعْوَى لِأَنَّ الْوَكِيلَ وَالْوَصِيَّ نَائِبَانِ عنه بِصَرِيحِ النِّيَابَةِ وَالْوَارِثُ نَائِبٌ عنه شَرْعًا وَحَضْرَةُ النَّائِبِ كَحَضْرَةِ الْمَنُوبِ عنه فَلَا يَكُونُ قَضَاءً على الْغَائِبِ مَعْنًى

وَكَذَا إذَا كان بين الْحَاضِرِ وَالْغَائِبِ اتِّصَالٌ فِيمَا وَقَعَ فيه الدَّعْوَى بِأَنْ كان ذلك سَبَبًا لِثُبُوتِ حَقِّ الْغَائِبِ لِأَنَّ الْحَاضِرَ يَصِيرُ مُدَّعًى عليه فِيمَا هو حَقُّهُ وَمِنْ ضَرُورَةِ حَقِّهِ ثُبُوتُ حَقِّ الْغَائِبِ فَكَانَ الْكُلُّ حَقَّ الْحَاضِرِ لِأَنَّ كُلَّ ما كان من ضَرُورَاتِ الشَّيْءِ كان مُلْحَقًا بِهِ فَيَكُونُ قَضَاءً على الْحَاضِرِ حتى إن من ادَّعَى على آخَرَ أَنَّهُ أَخُوهُ ولم يَدَّعِ مِيرَاثًا وَلَا نَفَقَةً لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ لِأَنَّهُ دَعْوَى على الْغَائِبِ لِأَنَّهُ يُرِيدُ إثْبَاتَ نَسَبِهِ من أَبِ الْمُدَّعَى عليه وَأُمِّهِ وَهُمَا غَائِبَانِ وَلَيْسَ عنهما خَصْمٌ حَاضِرٌ لِأَنَّهُ لم تُوجَدْ الْإِنَابَةُ وَلَا حَقٌّ يَقْضِي بِهِ على الْوَارِثِ لِيَكُونَ ثُبُوتُ النَّسَبِ من الْغَائِبِ من ضَرُورَاتِهِ تَبَعًا له فَلَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ أَصْلًا

وَلَوْ ادَّعَى عليه مِيرَاثًا أو نَفَقَةً عِنْدَ الْحَاجَةِ تُسْمَعُ دَعْوَاهُ وَتُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّهُ دَعْوَى حَقٍّ مُسْتَحَقٍّ على الْحَاضِرِ وهو الْمَالُ وَلَا يُمْكِنُهُ إثْبَاتُهُ إلَّا بِإِثْبَاتِ نَسَبِهِ من الْغَائِبِ فَيُنَصَّبُ خَصْمًا عن الْغَائِبِ ضَرُورَةَ ثُبُوتِ الْحَقِّ الْمُسْتَحَقِّ تَبَعًا له وَلِهَذَا لو أَقَرَّ بِالنَّسَبِ من غَيْرِ دَعْوَى الْمَالِ لَا يَصِحُّ إقْرَارُهُ بِخِلَافِ ما لو ادَّعَى على رَجُلٍ أَنَّهُ أَبُوهُ أو ابْنُهُ أَنَّهُ يَصِحُّ من غَيْرِ دَعْوَى الْمَالِ الْحَاضِرِ لِأَنَّهُ ليس فيه حَمْلُ نَسَبِ الْغَيْرِ على الْغَيْرِ فَكَانَ دَعْوَى على الْحَاضِرِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو أَقَرَّ بِهِ يَصِحُّ إقْرَارُهُ بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ بِالْأُخُوَّةِ

وَعَلَى هذا تُخَرَّجُ الْمَسَائِلُ الْمُخَمَّسَةُ وَتَوَابِعُهَا على ما نَذْكُرُهَا في مَوْضِعِهَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَمِنْهَا عَدَمُ التَّنَاقُضِ في الدَّعْوَى وهو أَنْ لَا يَسْبِقَ منه ما يُنَاقِضُ دَعْوَاهُ لِاسْتِحَالَةِ وُجُودِ الشَّيْءِ مع ما يُنَاقِضُهُ وَيُنَافِيهِ حتى لو أَقَرَّ بِعَيْنٍ في يَدِهِ لِرَجُلٍ فَأَمَرَ الْقَاضِي بِدَفْعِهَا إلَيْهِ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ كان اشْتَرَاهَا منه قبل ذلك لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ لِأَنَّ إقْرَارَهُ بِالْمِلْكِ لِغَيْرِهِ لِلْحَالِ يَمْنَعُ الشِّرَاءَ منه قبل ذلك لِأَنَّ الشِّرَاءَ يُوجِبُ الْمِلْكَ لِلْمُشْتَرِي فَكَانَ مُنَاقِضًا لِلْإِقْرَارِ وَالْإِقْرَارُ يُنَاقِضُهُ فَلَا يَصِحُّ

وَكَذَا لو لم يُقِرَّ وَنَكَلَ عن الْيَمِينِ فقضى عليه بِنُكُولِهِ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ كان اشْتَرَاهُ منه قبل ذلك لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ وَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ النُّكُولَ بِمَنْزِلَةِ الْإِقْرَارِ

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ تُسْمَعُ دَعْوَاهُ وَتُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ هذا إذَا ادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَاهُ منه قبل الْإِقْرَارِ وَالنُّكُولِ فَأَمَّا إذَا ادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَاهُ منه بَعْدَ ذلك تُسْمَعُ دَعْوَاهُ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْمِلْكِ لِفُلَانٍ لَا يَمْنَعُ الشِّرَاءَ منه بَعْدَ ذلك لِانْعِدَامِ التَّنَاقُضِ لِاخْتِلَافِ الزَّمَانِ

وَلَوْ قال هذا لِفُلَانٍ اشْتَرَيْته منه تُسْمَعُ منه مَوْصُولًا قال ذلك أو مَفْصُولًا لِأَنَّهُ لم يَسْبِقْ منه ما يُنَاقِضُ الدَّعْوَى بَلْ سَبَقَ منه ما يُقَرِّرُهَا لِأَنَّ سَابِقَةَ الْمِلْكِ لِفُلَانٍ شَرْطُ تَحَقُّقِ الشِّرَاءِ منه

وَلَوْ قال هذا الْعَبْدُ لِفُلَانٍ اشْتَرَيْتُهُ منه مَوْصُولًا فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَصِحَّ دَعْوَاهُ وفي الِاسْتِحْسَانِ تَصِحُّ وَلَوْ قال ذلك مَفْصُولًا لَا تَصِحُّ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ قَوْلَهُ هو لِفُلَانٍ إقْرَارٌ منه بِكَوْنِهِ مِلْكًا لِفُلَانٍ في الْحَالِ فَهَذَا يُنَاقِضُ دَعْوَى الشِّرَاءِ لِأَنَّ الشِّرَاءَ يُوجِبُ كَوْنَهُ مِلْكًا لِلْمُشْتَرِي فَلَا يَصِحُّ كما إذَا قال مَفْصُولًا

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ قَوْلَهُ هو لِفُلَانٍ اشْتَرَيْته منه مَوْصُولًا مَعْنَاهُ في مُتَعَارَفِ الناس وَعَادَاتِهِمْ أَنَّهُ كان لِفُلَانٍ فَاشْتَرَيْتُهُ منه قال اللَّهُ عز وجل { وَاذْكُرُوا إذْ أَنْتُمْ قَلِيلٌ مُسْتَضْعَفُونَ في الْأَرْضِ } أَيْ إذْ كُنْتُمْ قَلِيلًا إذْ لم يَكُونُوا قَلِيلًا وَقْتَ نُزُولِ الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ فَيُحْمَلُ عليه تَصْحِيحًا له وَلَا عَادَةَ جَرَتْ بِذَلِكَ في الْمَفْصُولِ فَحُمِلَ على حَقِيقَتِهِ وهو بِحَقِيقَتِهِ مُنَاقَضَةٌ فَلَا تُسْمَعُ

هذا إذَا بَيَّنَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ قبل الْإِقْرَارِ فَإِنْ بَيَّنَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بَعْدَهُ تُسْمَعُ دَعْوَاهُ لِانْعِدَامِ التَّنَاقُضِ

على ما بَيَّنَّا وَكَذَلِكَ لو لم يُبَيِّنْ وَادَّعَى الشِّرَاءَ مُبْهَمًا بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ تُسْمَعُ لِأَنَّهُ لَمَّا لم يذكر الْوَقْتَ يُحْمَلُ على الْحَالِ تَصْحِيحًا له

هذا إذَا قال هذا الشَّيْءُ لِفُلَانٍ ولم يَقُلْ لَا حَقَّ لي فيه فَإِنْ قال لَا حَقَّ لي فيه ثُمَّ ادَّعَى الشِّرَاءَ بَعْدَ ذلك لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ لِأَنَّ قَوْلَهُ لَا حَقَّ لي فيه لِتَأْكِيدِ الْبَرَاءَةِ إلَّا إذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بَعْدَ الْإِقْرَارِ فَتُسْمَعُ لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ ادَّعَى على رَجُلٍ دَيْنًا فقال الْمُدَّعَى عليه لم يَكُنْ لَك عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ وَقَضَى الْقَاضِي بِذَلِكَ ثُمَّ أَقَامَ الْمُدَّعَى عليه الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ كان قد قَضَاهُ إيَّاهُ تُسْمَعُ دَعْوَاهُ وَتُقْبَلُ بَيِّنَته لِجَوَازِ أَنَّهُ لم يَكُنْ عليه شَيْءٌ وَإِنَّمَا قَضَاهُ إيَّاهُ لَدَفْعِ الدَّعْوَى الْبَاطِلَةِ

وَلَوْ قال لم يَكُنْ لَك عَلَيَّ شَيْءٌ وَلَا أَعْرِفُكَ فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ وَقَضَى الْقَاضِي بِبَيِّنَتِهِ ثُمَّ أَقَامَ الْمُدَّعَى عليه الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ كان قَضَاهُ لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ وَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّ قَوْلَهُ لَا أَعْرِفُكَ يُنَاقِضُ دَعْوَى الْقَضَاءِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَقْضِي إلَّا بَعْدَ مَعْرِفَتِهِ إيَّاهُ فَكَانَ في دَعْوَى الْقَضَاءِ مُنَاقِضًا فَلَا تُسْمَعُ

وَلَوْ ادَّعَى على رَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَى منه عَبْدًا بِعَيْنِهِ وَالْعَبْدُ في يَدِ الْبَائِعِ فَأَنْكَرَ الْبَائِعُ الْبَيْعَ فَأَقَامَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ وَقَضَى الْقَاضِي بِهِ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَأَرَادَ أَنْ يَرُدَّهُ على الْبَائِعِ فَأَقَامَ الْبَائِعُ الْبَيِّنَةَ على أَنَّ الْمُشْتَرِيَ كان أَبْرَأَهُ عن كل عَيْبٍ لم تُسْمَعْ دَعْوَاهُ وَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّ إنْكَارَ الْبَيْعِ يُنَاقِضُ دَعْوَى الْإِبْرَاءِ عن الْعَيْبِ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ يَقْتَضِي وُجُودَ الْبَيْعِ فَكَانَ مُنَاقِضًا في دَعْوَى الْإِبْرَاءِ فَلَا تُسْمَعُ

وَعَلَى هذا مَسَائِلُ وَالْأَصْلُ في هذا الْبَابِ أَنَّهُ إذَا سَبَقَ من الْمُدَّعِي ما يُنَاقِضُ دَعْوَاهُ يَمْنَعُ صِحَّةَ الدَّعْوَى إلَّا في النَّسَبِ وَالْعِتْقِ فإن التَّنَاقُضَ فِيهِمَا غَيْرُ مُعْتَبَرٍ بِأَنْ قال لِمَجْهُولِ النَّسَبِ هو ابْنِي من الزِّنَا ثُمَّ قال هو ابْنِي من النِّكَاحِ تُسْمَعُ دَعْوَاهُ

وَكَذَا مَجْهُولُ النَّسَبِ إذَا أَقَرَّ بِالرِّقِّ لِرَجُلٍ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ حُرُّ الْأَصْلِ تُسْمَعُ دَعْوَاهُ حتى تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّ بَيَانَ النَّسَبِ مَبْنِيٌّ على أَمْرٍ خَفِيٍّ وهو الْعُلُوقُ منه إذْ هو مِمَّا يَغْلِبُ خَفَاؤُهُ على الناس فَالتَّنَاقُضُ في مِثْلِهِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ كما إذَا اخْتَلَعَتْ امْرَأَةٌ زَوْجَهَا على مَالٍ ثُمَّ ادَّعَتْ أَنَّهُ كان طَلَّقَهَا ثَلَاثًا قبل الْخُلْعِ وَأَقَامَتْ الْبَيِّنَةَ على ذلك تُسْمَعُ دَعْوَاهَا وَتُقْبَلُ بَيِّنَتُهَا لَمَا قُلْنَا كَذَا هذا وَكَذَا الرِّقُّ وَالْحُرِّيَّةُ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى مِمَّا يُحْتَمَلُ لِلثُّبُوتِ لِأَنَّ دَعْوَى ما يَسْتَحِيلُ وُجُودُهُ حَقِيقَةً أو عَادَةً تَكُونُ دَعْوَى كَاذِبَةً حتى لو قال لِمَنْ لَا يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ هذا ابْنِي لَا تُسْمَع دَعْوَاهُ لِاسْتِحَالَةِ أَنْ يَكُونَ الْأَكْبَرُ سِنًّا ابْنًا لِمَنْ هو أَصْغَرُ سِنًّا منه

وَكَذَا إذَا قال لِمَعْرُوفِ النَّسَبِ من الْغَيْرِ هذا ابْنِي وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حَدِّ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عليه فَقَدْ اختلف (((اختلفت))) عِبَارَاتُ الْمَشَايِخِ في تَحْدِيدِهِمَا قال بَعْضُهُمْ الْمُدَّعِي من إذَا تَرَكَ الْخُصُومَةَ لَا يُجْبَرُ عليها وَالْمُدَّعَى عليه من إذَا تَرَكَ الْجَوَابَ يُجْبَرُ عليه

وقال بَعْضُهُمْ الْمُدَّعِي من يَلْتَمِسُ قِبَلَ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ عَيْنًا أو دَيْنًا أو حَقًّا وَالْمُدَّعَى عليه من يَدْفَعُ ذلك عن نَفْسِهِ

وقال بَعْضُهُمْ يُنْظَرُ إلَى الْمُتَخَاصِمَيْنِ أَيُّهُمَا كان مُنْكِرًا فَالْآخَرُ يَكُونُ مُدَّعِيًا

وقال بَعْضُهُمْ الْمُدَّعِي من يُخْبِرُ عَمَّا في يَدِ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ وَالْمُدَّعَى عليه من يُخْبِرُ عَمَّا في يَدِ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ فَيَنْفَصِلَانِ بِذَلِكَ عن الشَّاهِدِ وَالْمُقِرِّ وَالشَّاهِدُ من يُخْبِرُ عَمَّا في يَدِ غَيْرِهِ لِغَيْرِهِ وَالْمُقِرُّ من يُخْبِرُ عَمَّا في يَدِ نَفْسِهِ لِغَيْرِهِ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ الدَّعْوَى وما يَتَّصِلُ بِهِ فَحُكْمُهَا وُجُوبُ الْجَوَابِ على الْمُدَّعَى عليه لِأَنَّ قَطْعَ الْخُصُومَةِ وَالْمُنَازَعَةِ وَاجِبٌ وَلَا يُمْكِن الْقَطْعُ ألا بِالْجَوَابِ فَكَانَ وَاجِبًا وَهَلْ يَسْأَلُهُ الْقَاضِي الْجَوَابَ قبل طَلَبِ المدعى

ذَكَرَ في أَدَبِ الْقَاضِي أَنَّهُ يَسْأَلُهُ وَذَكَرَ في الزِّيَادَاتِ أَنَّهُ لَا يَسْأَلُهُ ما لم يَقُلْ

الْمُدَّعِي اسْأَلْهُ عن دَعْوَايَ وَعَلَى هذا إذَا تَقَدَّمَ الْخَصْمَانِ إلَى الْقَاضِي هل يَسْأَلُ الْمُدَّعِيَ عن دَعْوَاهُ في أَدَبِ الْقَاضِي أَنَّهُ يَسْأَلُهُ
وفي الزِّيَادَاتِ أَنَّهُ لَا يَسْأَلُهُ وَيُعْرَفُ ذلك في كِتَابِ أَدَبِ الْقَاضِي وَسَيَأْتِي
وإذا وَجَبَ الْجَوَابُ على الْمُدَّعَى عليه فَإِمَّا إنْ أَقَرَّ أو سَكَتَ أو أَنْكَرَ فَإِنْ أَقَرَّ يُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إلَى الْمُدَّعِي لِظُهُورِ صِدْقِ دَعْوَاهُ وَإِنْ أَنْكَرَ فَإِنْ كان لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ أَقَامَهَا
وَلَوْ قال لَا بَيِّنَةَ لي ثُمَّ جاء بِالْبَيِّنَةِ هل تُقْبَل رَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى أنها تُقْبَلُ
وَعَنْ مُحَمَّدٍ أنها لَا تُقْبَل
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ قَوْلَهُ لَا بَيِّنَةَ لي إقْرَارٌ على نَفْسِهِ وَالْإِنْسَانُ لَا يُتَّهَمُ في إقْرَارِهِ على نَفْسِهِ فَالْإِتْيَانُ بِالْبَيِّنَةِ بَعْدَ ذلك رُجُوعٌ عَمَّا أَقَرَّ بِهِ فَلَا يَصِحُّ وَجْهُ رِوَايَةِ الْحَسَنِ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّ من الْجَائِزِ أَنْ تَكُونَ له بَيِّنَةٌ لم يَعْلَمْهَا الْمُدَّعِي بِأَنْ أَقَرَّ الْمُدَّعَى عليه بين يَدَيْ هَؤُلَاءِ وهو لَا يَعْلَمُ بِهِ ثُمَّ عَلِمَ بَعْدَ ذلك بها فَأَمْكَنَ التَّوْفِيقُ فَلَا يَكُونُ الْإِتْيَانُ بِالْبَيِّنَةِ بَعْدَ ذلك رُجُوعًا فَتُقْبَلُ وَإِنْ لم يَكُنْ له بَيِّنَةٌ وَطَلَب يَمِينَ الْمُدَّعَى عليه يَحْلِفُ فِيمَا

يَحْتَمِلُ التَّحْلِيفَ فَإِنْ سَكَتَ عن الْجَوَابِ يَأْتِي حُكْمُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى في الْفَصْلِ الذي يَلِيهِ
فَصْلٌ وَأَمَّا حُجَّةُ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عليه فَالْبَيِّنَةُ حُجَّةُ الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ حُجَّةُ الْمُدَّعَى عليه لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْبَيِّنَةُ على الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ على الْمُدَّعَى عليه جَعَلَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْبَيِّنَةَ حُجَّةَ الْمُدَّعِي وَالْيَمِينَ حُجَّةَ الْمُدَّعَى عليه وَالْمَعْقُولُ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ يَدَّعِي أَمْرًا خَفِيًّا فَيَحْتَاجُ إلَى إظْهَارِهِ وَلِلْبَيِّنَةِ قُوَّةُ الْإِظْهَارِ لِأَنَّهَا كَلَامُ من ليس بِخَصْمٍ فَجُعِلَتْ حُجَّةُ الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ وَإِنْ كانت مُؤَكَّدَةً بِذِكْرِ اسْمِ اللَّهِ عز وجل لَكِنَّهَا كَلَامُ الْخَصْمِ فَلَا تَصْلُحُ حُجَّةً مظهره لِلْحَقِّ وَتَصْلُحُ حُجَّةٌ المدعي عليه لِأَنَّهُ مُتَمَسِّكٌ بِالظَّاهِرِ وهو ظَاهِرُ الْيَدِ فَحَاجَتُهُ إلَى اسْتِمْرَارِ حُكْمِ الظَّاهِرِ وَالْيَمِينُ وَإِنْ كانت كَلَامَ الْخَصْمِ فَهِيَ كَافٍ لِلِاسْتِمْرَارِ فَكَانَ جَعْلُ الْبَيِّنَةِ حُجَّةَ الْمُدَّعِي وَجَعْلُ الْيَمِينِ حُجَّةَ الْمُدَّعَى عليه وَضْعَ الشَّيْءِ في مَوْضِعِهِ وهو حَدُّ الْحِكْمَةِ
وَعَلَى هذا يُخَرَّج الْقَضَاءُ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ وَيَمِينٍ من الْمُدَّعِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ
احْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قَضَى بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ
وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ إنَّمَا كانت حُجَّةَ الْمُدَّعِي لِكَوْنِهَا مُرَجِّحَةً جَنْبَةَ الصِّدْقِ على جَنْبَةِ الْكَذِبِ في دَعْوَاهَا الرُّجْحَانَ فَكَمَا يَقَعُ بِالشَّهَادَةِ يَقَعُ بِالْيَمِينِ فَكَانَتْ الْيَمِينُ في كَوْنِهَا حُجَّةً مِثْلَ الْبَيِّنَةِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يكتفى بها إلَّا أَنَّهُ ضَمَّ إلَيْهَا الشَّهَادَةَ نَفْيًا لِلتُّهْمَةِ
وَلَنَا الْحَدِيثُ الْمَشْهُورُ وَالْمَعْقُولُ وَوَجْهُ الِاسْتِدْلَالِ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَوْجَبَ الْيَمِينَ على الْمُدَّعَى عليه
وَلَوْ جُعِلَتْ حُجَّةَ الْمُدَّعِي لَا تبقي وَاجِبَةً على الْمُدَّعَى عليه وهو خِلَافُ النَّصِّ وَالثَّانِي أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَعَلَ كُلَّ جِنْسِ الْيَمِين حُجَّةَ الْمُدَّعَى عليه

لِأَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ذَكَرَ الْيَمِينَ بلام التَّعْرِيفِ فَيَقْتَضِي اسْتِغْرَاقَ كل الْجِنْسِ فَلَوْ جُعِلَتْ حُجَّةَ الْمُدَّعِي لَا يَكُونُ كُلُّ جِنْسِ الْيَمِينِ حُجَّةَ المدعي عليه بَلْ يَكُونُ من الْأَيْمَانِ ما ليس بِحُجَّةٍ له وهو يَمِينُ الْمُدَّعِي وَهَذَا خِلَافُ النَّصِّ وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَقَدْ طَعَنَ فيه يحيى بْن مَعِينٍ وقال لم يَصِحَّ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم الْقَضَاءُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ

وَكَذَا رُوِيَ عن الزُّهْرِيِّ لَمَّا سُئِلَ عن الْيَمِينِ مع الشَّاهِدِ فقال بِدْعَةٌ وَأَوَّلُ من قَضَى بِهِمَا مُعَاوِيَةُ رضي اللَّهُ عنه وَكَذَا ذَكَرَ ابن جُرَيْجٍ عن عَطَاءِ بن أبي رَبَاحٍ أَنَّهُ قال كان الْقَضَاءُ الْأَوَّلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ إلَّا شَاهِدَانِ وَأَوَّلُ من قَضَى بِالْيَمِينِ مع الشَّاهِدِ عبد الْمَلِكِ بن مَرْوَانَ مع ما أَنَّهُ وَرَدَ مَوْرِدَ الْآحَادِ وَمُخَالِفًا لِلْمَشْهُورِ فَلَا يُقْبَلُ

وَإِنْ ثَبَتَ أَنَّهُ قَضَى بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ أَمَّا ليس فيه أَنَّهُ فيه قَضَى

وقد رُوِيَ عن بَعْضِ الصَّحَابَةِ أَنَّهُ قَضَى بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ في الْأَمَانِ وَعِنْدَنَا يَجُوزُ الْقَضَاءُ في بَعْضِ أَحْكَامِ الْأَمَانِ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ إذَا كان عَدْلًا بِأَنْ شَهِدَ أَنَّهُ أَمَّنَ هذا الْكَافِرَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ حتى لَا يُقْتَلَ لَكِنْ يُسْتَرَقُّ وَالْيَمِينُ من بَابِ ما يُحْتَاطُ فيه فَحُمِلَ على هذا تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ صِيَانَةً لها عن التَّنَاقُضِ وَبِهَذَا يَتَبَيَّنُ بُطْلَانُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ في رَدِّهِ الْيَمِينَ إلَى الْمُدَّعِي عِنْدَ نُكُولِ الْمُدَّعَى عليه لِأَنَّ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ما جَعَلَ الْيَمِينَ حُجَّةً إلَّا في جَانِبِ الْمُدَّعَى عليه فَالرَّدُّ إلَى الْمُدَّعِي يَكُونُ وَضْع الشَّيْءِ في غَيْرِ مَوْضِعِهِ وَهَذَا حَدُّ الظُّلْمِ وَعَلَى هذا يُخَرَّج مَسْأَلَةَ الْخَارِجِ مع ذِي الْيَدِ إذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ لَا تُقْبَل بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ لِأَنَّهَا جُعِلَتْ حُجَّةً لِلْمُدَّعِي وَذُو الْيَدِ ليس بِمُدَّعٍ بَلْ هو مُدَّعَى عليه فَلَا تَكُونُ الْبَيِّنَةُ حُجَّةً له فَالْتَحَقَتْ بَيِّنَتُهُ بِالْعَدَمِ فَخَلَتْ بَيِّنَةُ الْمُدَّعِي عن الْمُعَارِضِ فَيُعْمَلُ بها وقد تُخَرَّجُ الْمَسْأَلَةُ على أَصْل آخَرٍ نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ

وإذا عَرَفْت أَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةُ الْمُدَّعِي وَالْيَمِينَ حُجَّةُ الْمُدَّعَى عليه فَلَا بُدَّ من مَعْرِفَةِ عَلَائِقِهِمَا وَعَلَائِقِ الْبَيِّنَةِ قد مَرَّ ذِكْرُهَا في كِتَابِ الشَّهَادَاتِ وَنَذْكُرُ هُنَا عَلَائِقَ الْيَمِينِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْكَلَامُ في الْيَمِينِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ أَنَّ الْيَمِينَ وَاجِبَةٌ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الْوُجُوبِ وفي بَيَانِ الْوُجُوبِ وفي بَيَانِ كَيْفِيَّةِ الْوُجُوبِ وفي بَيَانِ حُكْمِ أَدَائِهِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الِامْتِنَاعِ عن تَحْصِيلِ الْوَاجِبِ أَمَّا دَلِيلُ الْوُجُوبِ فَالْحَدِيثُ الْمَشْهُورُ وهو قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْبَيِّنَةُ على الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ على الْمُدَّعَى عليه وَعَلَى كَلِمَةِ إيجَابٌ

وَأَمَّا شَرَائِطُ الْوُجُوبِ فَأَنْوَاعٌ منها الْإِنْكَارُ لِأَنَّهَا وَجَبَتْ لِلْحَاجَةِ إلَى دَفْعِ التُّهَمَةِ وَهِيَ تُهْمَةُ الْكَذِبِ في الْإِنْكَارِ فإذا كان مُقِرًّا لَا حَاجَةَ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يُتَّهَم في الْإِقْرَارِ على نَفْسِهِ

ثُمَّ الْإِنْكَارُ نَوْعَانِ نَصٌّ وَدَلَالَةٌ

أَمَّا النَّصُّ فَهُوَ صَرِيحُ الْإِنْكَارِ وَأَمَّا الدَّلَالَةُ فَهُوَ السُّكُوتُ عن جَوَابِ الْمُدَّعِي من غَيْرِ آفَةٍ لِأَنَّ الدَّعْوَى أَوْجَبَتْ الْجَوَابَ عليه وَالْجَوَابُ نَوْعَانِ إقْرَارٌ وَإِنْكَارٌ فَلَا بُدَّ من حَمْلِ السُّكُوتِ على

أَحَدِهِمَا وَالْحَمْلُ على الْإِنْكَارِ أَوْلَى لِأَنَّ الْعَاقِلَ الْمُتَدَيِّنَ لَا يَسْكُتُ عن إظْهَارِ الْحَقِّ الْمُسْتَحَقِّ لِغَيْرِهِ مع قُدْرَتِهِ عليه وقد يَسْكُتُ عن إظْهَارِ الْحَقِّ لِنَفْسِهِ مع قُدْرَتِهِ عليه فَكَانَ حَمْلُ السُّكُوتِ على الْإِنْكَارِ أَوْلَى فَكَانَ السُّكُوتُ إنْكَارًا دَلَالَةً

وَلَوْ لم يُسْكَتْ الْمُدَّعَى عليه ولم يُقِرَّ وَلَكِنَّهُ قال لَا أُقِرُّ وَلَا أُنْكِرُ وَأَصَرَّ على ذلك اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال بَعْضُهُمْ هذا إنْكَارٌ وقال بَعْضُهُمْ هذا إقْرَارٌ وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ لِأَنَّ قَوْلَهُ لَا أُنْكِرُ إخْبَارٌ عن السُّكُوتِ عن الْجَوَابِ وَالسُّكُوتُ إنْكَارٌ على ما مَرَّ

وَمِنْهَا الطَّلَبُ من الْمُدَّعِي لِأَنَّهَا وَجَبَتْ على الْمُدَّعَى عليه حَقًّا لِلْمُدَّعِي وَحَقُّ الْإِنْسَانِ قِبَلَ غَيْرِهِ وَاجِبَ الْإِيفَاءِ عِنْدَ طَلَبِهِ وَمِنْهَا عَدَمُ الْبَيِّنَةِ الْحَاضِرَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَيس بِشَرْطٍ حتى لو قال الْمُدَّعِي لي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يُحَلِّفَ الْمُدَّعَى عليه ليس له ذلك عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا له ذلك

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْيَمِينَ حُجَّةُ الْمُدَّعِي كَالْبَيِّنَةِ وَلِهَذَا لَا تَجِبُ إلَّا عِنْدَ طَلَبِهِ فَكَانَ له وِلَايَةُ اسْتِيفَاءِ أَيِّهِمَا شَاءَ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْبَيِّنَةَ في كَوْنِهَا حُجَّةَ الْمُدَّعِي كَالْأَصْلِ لِكَوْنِهَا كَلَامَ غَيْرِ الْخَصْمِ وَالْيَمِينُ كَالْخَلْفِ عليها لِكَوْنِهَا كَلَامَ الْخَصْمِ فَلِهَذَا لو أَقَامَ الْبَيِّنَةَ ثُمَّ أَرَادَ اسْتِحْلَافَ الْمُدَّعَى عليه ليس له ذلك وَالْقُدْرَةُ على الْأَصْلِ تَمْنَعُ الْمَصِيرَ إلَى الْخَلْفِ

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ المدعي حَقًّا لِلَّهِ عز وجل خَالِصًا فَلَا يَجُوزُ الِاسْتِحْلَافُ في الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ حَقًّا لِلَّهِ عز وجل كَحَدِّ الزِّنَا وَالسَّرِقَةِ وَالشُّرْبِ لِأَنَّ الِاسْتِحْلَافَ لِأَجْلِ النُّكُولِ وَلَا يُقْضَى بِالنُّكُولِ في الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ لِأَنَّهُ بَذْلٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا إقْرَارٌ فيه شُبْهَةُ الْعَدَمِ وَالْحُدُودُ لَا تَحْتَمِلُ الْبَذْلَ وَلَا تَثْبُتُ بِدَلِيلٍ فيه شُبْهَةٌ لِهَذَا لَا تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ وَالشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ إلَّا أَنَّ في السَّرِقَةِ يَحْلِفُ على أَخْذِ الْمَالِ وَكَذَا لَا يَمِينَ في اللِّعَانِ لِأَنَّهُ جَارٍ مَجْرَى الْحَدِّ

وَأَمَّا حَدُّ الْقَذْفِ فَيَجْرِي فيه الِاسْتِحْلَافُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ ليس من الْحُدُودِ الْمُتَمَحِّضَةِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى بَلْ يَشُوبُهُ حَقُّ الْعَبْدِ فَأَشْبَهَ التَّعْزِيرَ وفي التَّعْزِيرِ يَحْلِفُ كَذَا هذا وَيَجْرِي الِاسْتِحْلَافُ في الْقِصَاصِ في النَّفْسِ وَالطَّرَفِ لِأَنَّ الْقِصَاصَ خَالِصُ حَقِّ الْعَبْدِ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ المدعي مُحْتَمِلًا لِلْإِقْرَارِ بِهِ شَرْعًا بِأَنْ كان لو أَقَرَّ بِهِ لَصَحَّ إقْرَارُهُ بِهِ فَإِنْ لم يَكُنْ لم يَجْرِ فيه الِاسْتِحْلَافُ حتى إن من ادَّعَى على رَجُلٍ أَنَّهُ أَخُوهُ ولم يَدَّعِ في يَدِهِ مِيرَاثًا فَأَنْكَرَ لَا يَحْلِفُ لِأَنَّهُ لو أَقَرَّ له بِالْأُخُوَّةِ لم يَجُزْ إقْرَارُهُ لِكَوْنِهِ إقْرَارًا على غَيْرِهِ وهو أَبُوهُ

وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ أَخُوهُ وإن في يَدِهِ مَالًا من تَرِكَةِ أبيه وهو مُسْتَحِقٌّ لِنِصْفِهِ بِإِرْثِهِ من أبيه فَأَنْكَرَ يَحْلِفُ لِأَجْلِ الْمِيرَاثِ لَا لِلْأُخُوَّةِ لِأَنَّهُ لو أَقَرَّ انه أَخُوهُ صَحَّ إقْرَارُهُ في حَقِّ الْإِرْثِ حتى يُؤْمَرَ بِتَسْلِيمِ نِصْفِ الْمِيرَاثِ إلَيْهِ ولم يَصِحَّ في حَقِّ النَّسَبِ حتى لَا يُقْضَى بِأَنَّهُ أَخُوهُ

وَعَلَى هذا عَبْدٌ في يَدِ رَجُلٍ ادَّعَاهُ رَجُلَانِ فَأَقَرَّ بِهِ لِأَحَدِهِمَا وسلم الْقَاضِي الْعَبْدَ إلَيْهِ فقال الْآخِرُ لَا بَيِّنَةَ لي وَطَلَب من الْقَاضِي تَحْلِيفَ الْمُقِرِّ لَا يُحَلِّفُهُ في عَيْنِ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ لو أَقَرَّ بِهِ لَكَانَ إقْرَارُهُ بَاطِلًا فإذا أَنْكَرَ لَا يُحَلَّفُ إلَّا أَنْ يَقُولَ الذي لم يُقِرَّ له إنك أَتْلَفَتْ على الْعَبْدَ بِإِقْرَارِك بِهِ لِغَيْرِي فَاضْمَنْ قِيمَتَهُ لي يَحْلِفُ الْمُقِرُّ بِاَللَّهِ تَعَالَى ما عليه رَدُّ قِيمَةِ ذلك الْعَبْدِ على هذا الْمُدَّعِي وَلَا رَدُّ شَيْءٍ منها لِأَنَّهُ لو أَقَرَّ بِإِتْلَافِهِ لَصَحَّ وَضَمِنَ الْقِيمَةَ فإذا أَنْكَرَ يَسْتَحْلِفُهُ

وَلَوْ ادَّعَي رَجُلٌ أَنَّهُ زَوَّجَهُ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ وَأَنْكَرَ الْأَبُ لَا يَحْلِفُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِطَرِيقَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لو أَقَرَّ بِهِ لَا يَصِحُّ إقْرَارُهُ بِهِ عِنْدَهُ فإذا أَنْكَرَ لَا

يُسْتَحْلَفُ
وَالثَّانِي أَنَّ الِاسْتِحْلَافَ لَا يَجْرِي في النِّكَاحِ وَعِنْدَهُمَا يَجْرِي لَكِنْ عِنْدَ أبي يُوسُفَ يَحْلِفُ على السَّبَبِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ على الْحَاصِلِ وَالْحُكْمُ على ما نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ
هذا إذَا كانت صَغِيرَةً عِنْدَ الدَّعْوَى فَإِنْ كانت كَبِيرَةً وَادَّعَى أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا إيَّاهُ في صِغَرِهَا لَا يَحْلِفُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِمَا قُلْنَا من الطَّرِيقَيْنِ وَعِنْدَهُمَا لَا يَحْلِفُ أَيْضًا لِأَحَدِ طَرِيقَيْنِ وهو أَنَّهُ لو أَقَرَّ عليها في الْحَالِ لَا يَصِحُّ إقْرَارُهُ وَلَكِنْ تَحْلِفُ الْمَرْأَةُ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهَا لو أَقَرَّتْ لَصَحَّ إقْرَارُهَا وَعِنْدَهُمَا الِاسْتِحْلَافُ يَجْرِي فيه لَكِنْ عِنْدَ أبي يُوسُفَ تَحْلِفُ على السَّبَبِ بِاَللَّهِ عز وجل ما تَعْلَمُ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ صَغِيرَةٌ إلَّا عِنْدَ التَّعَرُّضِ فَتَحْلِفُ على الْحُكْمِ كما قال مُحَمَّدٌ
وَلَوْ ادَّعَتْ امْرَأَةٌ على رَجُلٍ أَنَّهُ زَوَّجَهَا عَبْدَهُ فَأَنْكَرَ الْمَوْلَى لَا يَحْلِفُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِطَرِيقَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لو أَقَرَّ عليه لَا يَصِحُّ إقْرَارُهُ
وَالثَّانِي أَنَّهُ لَا اسْتِحْلَافَ في النِّكَاحِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَحْلِفُ أَيْضًا لَكِنْ لِطَرِيقٍ وَاحِدٍ وهو أَنَّهُ لو أَقَرَّ عليه لَا يَصِحُّ إقْرَارُهُ
وَلَوْ ادَّعَى رَجُلٌ على رَجُلٍ أَنَّهُ زَوَّجَهُ أَمَتَهُ لَا يَحْلِفُ الْمَوْلَى عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَحْلِفُ لِطَرِيقٍ وَاحِدٍ وهو أَنَّ

الِاسْتِحْلَافَ لَا يَجْرِي في النِّكَاحِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَجْرِي
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ المدعي مِمَّا يَحْتَمِلُ الْبَذْلَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ مع كَوْنِهِ مُحْتَمِلًا لِلْإِقْرَارِ وَعِنْدَهُمَا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَحْتَمِلُ الْإِقْرَارَ سَوَاءٌ احْتَمَلَ الْبَذْلَ أو لَا
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ اخْتِلَافُهُمْ في الْأَشْيَاءِ السَّبْعَةِ أنها لَا يَجْرِي فيها الِاسْتِحْلَافُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَهِيَ النِّكَاحُ وَالرَّجْعَةُ وَالْفَيْءُ في الْإِيلَاءِ وَالنَّسَبُ وَالرِّقُّ وَالْوَلَاءُ وَالِاسْتِيلَادُ أَمَّا النِّكَاحُ فَهُوَ أَنْ يَدَّعِيَ رَجُلٌ على امْرَأَةٍ أنها امْرَأَتُهُ أو تَدَّعِي امْرَأَةٌ على رَجُلٍ أَنَّهُ زَوْجُهَا وَلَا بَيِّنَةَ لِلْمُدَّعِي وَطَلَبَ يَمِينَ الْمُنْكِرِ
وَأَمَّا الرَّجْعَةُ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ لِلْمُطَلَّقَةِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا قد كُنْت رَاجَعْتُك وَأَنْكَرَتْ الْمَرْأَةُ وَعَجَزَ الزَّوْجُ عن إقَامَةِ الْبَيِّنَةِ فَطَلَبَ يَمِينَهَا وَأَمَّا الْفَيْءُ في الْإِيلَاءِ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ آلَى من امْرَأَتِهِ وَمَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ فقال قد كُنْت فِئْت إلَيْك بِالْجِمَاعِ فلم تُبَيِّنِي فقالت لم تفىء (((تفئ))) إلَيَّ وَلَا بَيِّنَةَ لِلزَّوْجِ فَطَلَبَ يَمِينَهَا
وَأَمَّا النَّسَبُ فَنَحْوُ أَنْ يَدَّعِيَ على رَجُلٍ أَنَّهُ أَبُوهُ أو ابْنُهُ فَأَنْكَرَ الرَّجُلُ وَلَا بَيِّنَةَ له وَطَلَبَ يَمِينَهُ وَأَمَّا الرِّقُّ فَهُوَ أَنْ يَدَّعِيَ على رَجُلٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ فَأَنْكَرَ وقال أنَّهُ حُرُّ الْأَصْلِ لم يَجْرِ عليه رِقٌّ أَبَدًا وَلَا بَيِّنَةَ لِلْمُدَّعِي فَطَلَبَ يَمِينَهُ
وَأَمَّا الْوَلَاءُ فإنه يَدَّعِي على امْرَأَةٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ أَبَاهَا وإن أَبَاهَا مَاتَ وَوَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ فَأَنْكَرَتْ أَنْ يَكُونَ أَعْتَقَهُ وَأَنْ يَكُونَ وَلَاؤُهُ ثَابِتًا منه وَلَا بَيِّنَةَ لِلْمُدَّعِي فَطَلَبَ يَمِينَهَا على ما أَنْكَرَتْ من الْوَلَاءِ
وَأَمَّا الِاسْتِيلَادُ فَهُوَ أَنْ تَدَّعِيَ أَمَةٌ على مَوْلَاهَا فَتَقُولُ أنا أُمُّ وَلَدٍ لِمَوْلَايَ وَهَذَا وَلَدِي فَأَنْكَرَ الْمَوْلَى لَا يَجْرِي الِاسْتِحْلَافُ في هذه الْمَوَاضِعِ السَّبْعَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَجْرِي وَالدَّعْوَى من الْجَانِبَيْنِ تُتَصَوَّرُ في الْفُصُولِ السِّتَّةِ وفي الِاسْتِيلَادِ لَا يُتَصَوَّرُ إلَّا من جَانِبٍ وَاحِدٍ وهو جَانِبُ الْأَمَةِ فَأَمَّا جَانِبُ الْمَوْلَى فَلَا

تُتَصَوَّرُ الدَّعْوَى لِأَنَّهُ لو ادَّعَى لَثَبَتَ بِنَفْسِ الدَّعْوَى وَهَذَا بِنَاء على ما ذَكَرنَا أَنَّ النُّكُولَ بَذْلٌ عنه وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ لَا تَحْتَمِلُ الْبَذْلَ وَعِنْدَهُمَا إقْرَارٌ فيه شُبْهَةٌ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ تَثْبُت بِدَلِيلٍ فيه شُبْهَةٌ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ نُكُولَ الْمُدَّعَى عليه دَلِيلُ كَوْنِهِ كَاذِبًا في إنْكَارِهِ لِأَنَّهُ لو كان صَادِقًا لَمَا امْتَنَعَ من الْيَمِينِ الصَّادِقَةِ فَكَانَ النُّكُولُ إقْرَارًا دَلَالَةً إلَّا أَنَّهُ دَلَالَةٌ قَاصِرَةٌ فيها شُبْهَةُ الْعَدَمِ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ تَثْبُتُ بِدَلِيلٍ قَاصِرٍ فيه شُبْهَةُ الْعَدَمِ أَلَا تَرَى أنها تَثْبُتُ بِالشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ وَشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ النُّكُولَ يَحْتَمِلُ الْإِقْرَارَ لِمَا قُلْتُمْ وَيَحْتَمِلُ الْبَذْلَ لِأَنَّ الْعَاقِلَ الدَّيِّنَ كما يَتَحَرَّجُ عن الْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ يَتَحَرَّجُ عن التَّعْيِيرِ وَالطَّعْنِ بِالْيَمِينِ بِبَذْلِ الْمُدَّعِي إلَّا أَنَّ حَمْلَهُ على الْبَذْلِ أَوْلَى لِأَنَّا لو جَعَلْنَاهُ إقْرَارًا لَكَذَّبْنَاهُ لِمَا فيه من الْإِنْكَارِ وَلَوْ جَعَلْنَاهُ بَذْلًا لم نُكَذِّبْهُ لِأَنَّهُ يَصِيرُ في التَّقْدِيرِ كَأَنَّهُ قال ليس هذا لَك وَلَكِنِّي لَا أَمْنَعُك عنه وَلَا أُنَازِعُك فيه فَيَحْصُلُ الْمَقْصُودُ من غَيْرِ حَاجَةٍ إلَى التَّكْذِيبِ وإذا ثَبَتَ أَنَّ النُّكُولَ بَذْلٌ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ لَا تَحْتَمِلُ الْبَذْلَ فَلَا تَحْتَمِلُ النُّكُولَ فَلَا تَحْتَمِلُ التَّحْلِيفَ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَسْتَحْلِفُ الْمُدَّعِيَ لِيَنْكُلَ الْمُدَّعَى عليه فيقضى عليه فإذا لم يَحْتَمِلْ النُّكُولَ لَا يَحْتَمِلُ التَّحْلِيفَ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ كَيْفِيَّةِ الْيَمِينِ فَالْكَلَامُ فيه يَتَعَلَّقُ بِمَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ صِفَةِ التَّحْلِيفِ نَفْسِهِ أَنَّهُ كَيْفَ يَحْلِفُ

وَالثَّانِي في بَيَانِ صِفَةِ الْمَحْلُوفِ عليه أَنَّهُ على مَاذَا يَحْلِفُ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْأَمْرُ لَا يَخْلُو إمَّا إن كان الْحَالِفُ مُسْلِمًا وَإِمَّا إن كان كَافِرًا فَإِنْ كان مُسْلِمًا فَيُحَلِّفُهُ الْقَاضِي بِاَللَّهِ تَعَالَى إنْ شَاءَ من غَيْرِ تَغْلِيظٍ لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم حَلَّفَ يَزِيدَ بن رُكَانَةَ أو رُكَانَةَ بن عبد يَزِيدَ بِاَللَّهِ عز وجل ما أَرَدْت بِالْبَتَّةِ ثَلَاثًا وَإِنْ شَاءَ غَلَّظَ لِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِتَغْلِيظِ الْيَمِينِ في الْجُمْلَةِ فإنه رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم حَلَّفَ ابْنَ صُورِيَّا الْأَعْوَرَ وَغَلَّظَ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الذي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ على سَيِّدِنَا مُوسَى عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إن حَدَّ الزِّنَا في كِتَابِكُمْ هذا

وقال مَشَايِخُنَا يَنْظُرُ إلَى حَالِ الْحَالِفِ إنْ كان مِمَّنْ لَا يُخَافُ منه الِاجْتِرَاءُ على اللَّهِ تَعَالَى بِالْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ يكتفى فيه بِاَللَّهِ عز وجل من غَيْرِ تَغْلِيظٍ وَإِنْ كان مِمَّنْ يُخَافُ منه ذلك تُغَلَّظُ لِأَنَّ من الْعَوَامّ من لَا يُبَالِي عن الْحَلِفِ بِاَللَّهِ عز وجل كَاذِبًا فإذا غُلِّظَ عليه الْيَمِينُ يَمْتَنِعُ وقال بَعْضُهُمْ إنْ كان الْمَالُ الْمُدَّعَى يَسِيرًا يكتفى فيه بِاَللَّهِ عز وجل وَإِنْ كان كَثِيرًا يُغَلَّظُ

وَصِفَةُ التَّغْلِيظِ أَنْ يَقُولَ وَاَللَّهِ الذي لَا إلَهَ إلَّا هو عَالِمُ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الرحمن الرَّحِيمِ الذي يَعْلَمُ من السِّرِّ ما يَعْلَمُ من الْعَلَانِيَةِ وَنَحْوَ ذلك مِمَّا يُعَدُّ تَغْلِيظًا في الْيَمِينِ وَإِنْ كان الْحَالِفُ كَافِرًا فإنه يَحْلِفُ بِاَللَّهِ عز وجل أَيْضًا ذِمِّيًّا كان أو مُشْرِكًا لِأَنَّ الْمُشْرِكِينَ لَا يُنْكِرُونَ الصَّانِعَ قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ { وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ من خَلَقَ السماوات (((بالسموات))) وَالْأَرْضَ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ } فَيُعَظِّمُونَ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى عز شَأْنُهُ

وَيَعْتَقِدُونَ حُرْمَةَ الإله إلَّا الدَّهْرِيَّةَ وَالزَّنَادِقَةَ وَأَهْلَ الْإِبَاحَةِ وَهَؤُلَاءِ أَقْوَامٌ لم يَتَجَاسَرُوا على إظْهَارِ نِحْلَتِهِمْ في عَصْرٍ من الْأَعْصَارِ إلَى يَوْمِنَا هذا وَنَرْجُو من

فَضْلِ اللَّهِ عز وجل على أُمَّةِ حَبِيبِهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنْ لَا يُقَدِّرَهُمْ على إظْهَارِ ما انْتَحَلُوهُ إلَى انْقِضَاءِ الدُّنْيَا وَإِنْ رَأَى الْقَاضِي ما يَكُونُ تَغْلِيظًا في دِينِهِ فَعَلَ لِمَا رَوَيْنَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم غَلَّظَ على ابْنِ صُورِيَّا دَلَّ أَنَّ كُلَّ ذلك سَائِغٌ فَيُغَلِّظُ على الْيَهُودِيِّ بِاَللَّهِ تَعَالَى عز وجل الذي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ على سَيِّدِنَا مُوسَى عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَعَلَى النَّصْرَانِيِّ بِاَللَّهِ الذي أَنْزَلَ الْإِنْجِيلَ على سَيِّدِنَا عِيسَى عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَعَلَى الْمَجُوسِيِّ بِاَللَّهِ الذي خَلَقَ النَّارَ وَلَا يَحْلِفُ على الْإِشَارَةِ إلَى مُصْحَفٍ مُعَيَّنٍ بِأَنْ يَقُولَ بِاَللَّهِ الذي أَنْزَلَ هذا الْإِنْجِيلَ أو هذه التَّوْرَاةَ لِأَنَّهُ قد ثَبَتَ تَحْرِيفُ بَعْضِهَا فَلَا يُؤْمَنُ أَنْ تَقَعَ الْإِشَارَةُ إلَى الْمُحَرَّفِ فَيَكُونُ التَّحْلِيفُ بِهِ تَعْظِيمًا لِمَا ليس بِكَلَامِ اللَّهِ عز وجل وَلَا يَبْعَثُ هَؤُلَاءِ إلَى بُيُوتِ عِبَادَتِهِمْ من الْبِيعَةِ وَالْكَنِيسَةِ وَبَيْتِ النَّارِ لِأَنَّ فيه تَعْظِيمَ هذه الْمَوَاضِعِ وَكَذَا لَا يَجِبُ تَغْلِيظُ الْيَمِينِ على الْمُسْلِمِ بِزَمَانٍ وَلَا مَكَان عِنْدَنَا

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ كان بِالْمَدِينَةِ يَحْلِفُ عِنْدَ الْمِنْبَرِ وَإِنْ كان بِمَكَّةَ يَحْلِفُ عِنْدَ الْمِيزَابِ وَيَحْلِفُ بَعْدَ الْعَصْرِ

وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا لِمَا رَوَيْنَا من الحديث الْمَشْهُورِ وهو قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْبَيِّنَةُ على الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ على الْمُدَّعَى عليه مُطْلَقًا عن الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَرُوِيَ أَنَّهُ اخْتَصَمَ زَيْدُ بن ثَابِتٍ وابن مُطِيعٍ في دَارٍ إلَى مَرْوَانَ بن الْحَكَمِ فَقَضَى على زَيْدِ بن ثَابِتٍ بِالْيَمِينِ عِنْدَ الْمِنْبَرِ فقال له زَيْدٌ أَحْلِفُ له مَكَانِي فقال له مَرْوَانُ لَا وَاَللَّهِ إلَّا عِنْدَ مَقَاطِعِ الْحُقُوقِ فَجَعَلَ زَيْدٌ يَحْلِفُ أَنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ عِنْدَ الْمِنْبَرِ فَجَعَلَ مَرْوَانُ يَعْجَبُ من ذلك وَلَوْ كان ذلك لَازِمًا لَمَا احْتَمَلَ أَنْ يَأْبَاهُ زَيْدُ بن ثَابِتٍ وَلِأَنَّ تَخْصِيصَ التَّحْلِيفِ بِمَكَانٍ وَزَمَانٍ تَعْظِيمُ غَيْرِ اسْمِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَفِيهِ مَعْنَى الْإِشْرَاكِ في التَّعْظِيمِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَأَمَّا بَيَانُ صِفَةِ الْمَحْلُوفِ عليه أَنَّهُ على مَاذَا يَحْلِفُ فَنَقُولُ الدَّعْوَى لَا تَخْلُو إمَّا إنْ كانت مُطْلَقَةً عن سَبَبٍ وَإِمَّا إنْ كانت مُقَيَّدَةً بِسَبَبٍ فَإِنْ كانت مُطْلَقَةً عن سَبَبٍ بِأَنْ ادَّعَى عَبْدًا أو جَارِيَةً أو أَرْضًا وَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عليه فَلَا خِلَافَ في أَنَّهُ يَحْلِفُ على الْحُكْمِ وهو ما وَقَعَ فيه الدَّعْوَى فَيُقَالُ بِاَللَّهِ ما هذا الْعَبْدُ أو الْجَارِيَةُ أو الْأَرْضُ لِفُلَانٍ هذا وَلَا شَيْءَ منه وَإِنْ كانت مُقَيَّدَةً بِسَبَبٍ بِأَنْ ادَّعَى أَنَّهُ أَقْرَضَهُ أَلْفًا أو غَصَبَه أَلْفًا أو أَوْدَعَهُ أَلْفًا وَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عليه فَقَدْ اخْتَلَفَ أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ في أَنَّهُ يَحْلِفُ على السَّبَبِ أو على الْحُكْمِ

قال أبو يُوسُفَ يَحْلِفُ على السَّبَبِ بِاَللَّهِ ما اسْتَقْرَضْت منه أَلْفًا أو ما غَصَبْته أَلْفًا أو ما أَوْدَعَنِي أَلْفًا إلَّا أَنْ يُعَرِّضَ الْمُدَّعَى عليه وَلَا يُصَرِّحُ فيقول قد يَسْتَقْرِضُ الْإِنْسَانُ وقد يَغْصِبُ وقد يُودَعُ وَلَا يَكُونُ عليه لِمَا أَنَّهُ أَبْرَأَهُ عن ذلك أو رَدَّ الْوَدِيعَةَ وأنا لَا أُبَيِّنُ ذلك لِئَلَّا يَلْزَمَنِي شَيْءٌ فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ على الْحُكْمِ وقال مُحَمَّدٌ يَحْلِفُ على الْحُكْمِ من الِابْتِدَاءِ بِاَللَّهِ ماله عَلَيْكَ هذه الْأَلْفُ التي ادَّعَى

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ التَّحْلِيفَ على السَّبَبِ تَحْلِيفٌ على ما لَا يُمْكِنُهُ الْحَلِفُ عليه عَسَى لِجَوَازِ أَنَّهُ وُجِدَ منه السَّبَبُ ثُمَّ ارْتَفَعَ بِالْإِبْرَاءِ أو بِالرَّدِّ فَلَا يُمْكِنُهُ الْحَلِفُ على نَفْيِ السَّبَبِ وَيُمْكِنُهُ الْحَلِفُ على نَفْيِ الْحُكْمِ على كل حَالٍ فَكَانَ التَّحْلِيفُ على الْحُكْمِ أَوْلَى

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ ما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم حَلَّفَ الْيَهُودَ بِاَللَّهِ وفي بَابِ الْقَسَامَةِ على السَّبَبِ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِاَللَّهِ ما قَتَلْتُمُوهُ وَلَا عَلِمْتُمْ له قَاتِلًا فَيَجِبُ الِاقْتِدَاءُ بِهِ وَلِأَنَّ الدَّاخِلَ تَحْتَ الْحَلِفِ ما هو الدَّاخِلُ تَحْتَ الدَّعْوَى وَالدَّاخِلُ تَحْتَ الدَّعْوَى في هذه الصُّورَةِ مَقْصُودًا هو

السَّبَبُ فَيَحْلِفُ عليه فَبَعْدَ ذلك إنْ أَمْكَنَهُ الْحَلِفُ على السَّبَبِ حَلَفَ عليه وَإِنْ لم يُمْكِنْهُ وَعَرَّضَ فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ على الْحُكْمِ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ دَعْوَى الشِّرَاءِ إذَا أَنْكَرَ الْمُدَّعَى عليه فَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَحْلِفُ على السَّبَبِ بِاَللَّهِ عز وجل ما بِعْته هذا الشَّيْءَ إلَّا أَنْ يُعَرِّضَ الْخَصْمُ وَالتَّعْرِيضُ في هذا أَنْ يَقُولَ قد يَبِيعُ الرَّجُلُ الشَّيْءَ ثُمَّ يَعُودُ إلَيْهِ بِهِبَةٍ أو فَسْخٍ أو إقَالَةٍ أو رَدٍّ بِعَيْبٍ أو خِيَارِ شَرْطٍ أو خِيَارِ رُؤْيَةٍ وأنا لَا أُبَيِّنُ ذلك كَيْ لَا يَلْزَمَنِي شَيْءٌ فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ على الْحُكْمِ بِاَللَّهِ تَعَالَى ما بَيْنَكُمَا بَيْعٌ قَائِمٌ أو شِرَاءٌ قَائِمٌ بهذا السَّبَبِ الذي يَدَّعِي وَهَكَذَا يَحْلِفُ على قَوْلِ مُحَمَّدٍ
وَعَلَى هذا دَعْوَى الطَّلَاقِ بِأَنْ ادَّعَتْ امْرَأَةٌ على زَوْجِهَا أَنَّهُ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا أو خَالَعَهَا على كَذَا وَأَنْكَرَ الزَّوْجُ ذلك يَحْلِفُ على السَّبَبِ عِنْدَ أبي يُوسُفَ بِاَللَّهِ عز وجل ما طَلَّقَهَا ثَلَاثًا أو ما خَالَعَهَا إلَّا أَنْ يُعَرِّضَ الزَّوْجُ فيقول الْإِنْسَانُ قد يُخَالِعُ

امْرَأَتَهُ ثُمَّ تَعُودُ إلَيْهِ وقد يُطَلِّقُهَا ثَلَاثًا ثُمَّ تَعُودُ إلَيْهِ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ بِاَللَّهِ عز وجل ما هِيَ حَرَامٌ عَلَيْك بِثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ أو بِاَللَّهِ عز وجل ما هِيَ مُطَلَّقَةٌ مِنْك ثَلَاثًا أو ما هِيَ حَرَامٌ عَلَيْك بِالْخُلْعِ أو ما هِيَ بَائِنٌ مِنْك وَنَحْوُ ذلك من الْعِبَارَاتِ وَهَكَذَا يَحْلِفُ على قَوْلِ مُحَمَّدٍ
وَعَلَى هذا دَعْوَى الْعَتَاقِ في الْأَمَةِ بِأَنْ ادَّعَتْ أَمَةٌ على مَوْلَاهَا أَنَّهُ أَعْتَقَهَا وهو مُنْكِرٌ
عِنْدَ أبي يُوسُفَ يَحْلِفُ الْمَوْلَى على السَّبَبِ بِاَللَّهِ عز وجل ما أَعْتَقَهَا إلَّا أَنْ يُعَرِّضَ لِأَنَّهُ يَتَصَوَّرُ النَّقْضَ في هذا وَالْعَوْدَ إلَيْهِ بِأَنْ ارْتَدَّتْ الْمَرْأَةُ وَلَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ سَبَاهَا أو سَبَاهَا غَيْرُهُ فَاشْتَرَاهَا فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ كما قَالَهُ مُحَمَّدٌ وَلَوْ كان الذي يَدَّعِي الْعِتْقَ هو الْعَبْدَ فَيَحْلِفُ على السَّبَبِ بِلَا خِلَافٍ بِاَللَّهِ عز وجل ما أَعْتَقَهُ في الرِّقِّ الْقَائِمِ لِلْحَالِ في مِلْكِهِ لِانْعِدَامِ تَصَوُّرِ التَّعْرِيضِ لِأَنَّ الْعَبْدَ الْمُسْلِمَ لَا يَحْتَمِلُ السَّبْيَ بَعْدَ الْعِتْقِ حتى لو كان الْعَبْدُ لم يُعْرَفْ مُسْلِمًا أو كان كَافِرًا يَحْلِفُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ على الْحُكْمِ لِاحْتِمَالِ الْعَوْدِ إلَى الرِّقِّ لِأَنَّ الذِّمِّيَّ إذَا نَقَضَ الْعَهْدَ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ سُبِيَ يُسْتَرَقُّ بِخِلَافِ الْمُسْلِمِ فإنه يُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ وَيُقْتَلُ إنْ أَبَى وَلَا يُسْتَرَقّ
وَعَلَى هذا دَعْوَى النِّكَاحِ وهو تَفْرِيعٌ على قَوْلِهِمَا لِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ لَا يَرَى الِاسْتِحْلَافَ فيه فيقول الدَّعْوَى لَا تَخْلُو إمَّا أَنْ تَكُونَ من الرَّجُلِ أو من الْمَرْأَةِ فَإِنْ كانت من الرَّجُلِ وَأَنْكَرَتْ الْمَرْأَةُ النِّكَاحَ فَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَحْلِفُ على السَّبَبِ إلَّا أَنْ يُعَرِّضَ لِاحْتِمَالِ الطَّلَاقِ وَالْفُرْقَةِ بِسَبَبٍ ما فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ على الْحُكْمِ بِاَللَّهِ عز وجل ما بَيْنَكُمَا نِكَاحٌ قَائِمٌ كما هو قَوْلُ مُحَمَّدٍ
وَأَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لو قال الزَّوْجُ أنا أُرِيدُ أَنْ أَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا أو أَرْبَعًا سِوَاهَا فإن الْقَاضِيَ لَا يُمَكِّنُهُ من ذلك لِأَنَّهُ إقْرَارٌ لِهَذِهِ الْمَرْأَةِ أنها امْرَأَتُهُ فيقول له إنْ كُنْت تُرِيدُ ذلك فَطَلِّقْ هذه ثُمَّ تَزَوَّجْ أُخْتَهَا أو أَرْبَعًا سِوَاهَا وَإِنْ كان دَعْوَى النِّكَاحِ من الْمَرْأَةِ على رَجُلٍ فَأَنْكَرَ فَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَحْلِفُ على السَّبَبِ إلَّا أَنْ يُعَرِّضَ فَيَحْلِفَ على الْحُكْمِ كما قَالَهُ مُحَمَّدٌ
فَأَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لو قالت الْمَرْأَةُ إنِّي أُرِيدُ أَنْ أَتَزَوَّجَ فإن الْقَاضِيَ لَا يُمَكِّنُهَا

من ذلك لِأَنَّهَا قد أَقَرَّتْ أَنَّ لها زَوْجًا فَلَا يُمَكِّنُهَا مِن التَّزَوُّجِ بِزَوْجٍ آخَرَ فَإِنْ
قالت ما الْخَلَاصُ عن هذا وقد بَقِيَتْ في عُهْدَتِهِ أَبَدَ الدَّهْرِ وَلَيْسَتْ لي بَيِّنَةٌ
وَهَذِهِ تُسَمَّى عُهْدَةَ أبي حَنِيفَةَ فإنه يقول الْقَاضِي لِلزَّوْجِ طَلِّقْهَا فَإِنْ أَبَى
أَجْبَرَهُ الْقَاضِي عليه فَإِنْ قال الزَّوْجُ لو طَلَّقْتهَا لَلَزِمَنِي الْمَهْرُ فَلَا أَفْعَلُ ذلك
يقول له الْقَاضِي قُلْ لها إنْ كُنْت امْرَأَتِي فَأَنْتِ طَالِقٌ فَتَطْلُقُ لو كانت امْرَأَتَك
وَإِنْ لم تَكُنْ فَلَا وَلَا يَلْزَمُك شَيْءٌ لِأَنَّ الْمَهْرَ لَا يَلْزَمُ بِالشَّكِّ فَإِنْ أَبَى يَجْبُرُهُ
على ذلك فإذا فَعَلَ تَخَلَّصَ عن تِلْكَ الْعُهْدَةِ وَلَوْ كانت الدَّعْوَى على إجَارَةِ
الدَّارِ أو عَبْدٍ أو دَابَّةٍ أو مُعَامَلَةٍ مُزَارِعَةٍ فَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَحْلِفُ على السَّبَبِ
إلَّا إذَا عَرَّضَ
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَحْلِفُ على الْحُكْمِ على كل حَالٍ وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ ما كان صَحِيحًا
وهو الْإِجَارَةُ يَحْلِفُ وما كان فَاسِدًا وهو الْمُعَامَلَةُ وَالْمُزَارَعَةُ لَا يَحْلِفُ أَصْلًا لِأَنَّ
الْحَلِفَ بِنَاءً على الدَّعْوَى الصَّحِيحَةِ ولم تَصِحَّ عِنْدَهُ
وَلَوْ كانت الدَّعْوَى في الْقَتْلِ الخطأ بِأَنْ ادَّعَى على رَجُلٍ أَنَّهُ قَتَلَ أَبَاهُ خَطَأً
وَأَنَّهُ وَجَبَتْ الدِّيَةُ فَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عليه يَحْلِفُ على السَّبَبِ عِنْدَ أبي يُوسُفَ
بِاَللَّهِ ما قَتَلْت إلَّا إذَا عَرَّضَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ على الْحُكْمِ بِاَللَّهِ ليس عَلَيْك الدِّيَةُ وَلَا
على عَاقِلَتِك وَإِنَّمَا يَحْلِفُ على هذا الْوَجْهِ لِاخْتِلَافِ الْمَشَايِخِ في الدِّيَةِ في
فَصْلِهِ الخطأ أنها تَجِبُ على الْعَاقِلَةِ ابْتِدَاءً أو تَجِبُ على الْقَاتِلِ ثُمَّ تَتَحَمَّلُ عنه
الْعَاقِلَةُ فَإِنْ حَلَفَ بريء وَإِنْ نَكَلَ يقضى عليه بِالدِّيَةِ في مَالِهِ على ما نَذْكُرُ
إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ أَدَائِهِ فَهُوَ انْقِطَاعُ الْخُصُومَةِ لِلْحَالِ لَا مُطْلَقًا بَلْ مُوَقَّتًا إلَى
غَايَةِ إحْضَارِ الْبَيِّنَةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ
وقال بَعْضُهُمْ حُكْمُهُ انْقِطَاعُ الْخُصُومَةِ على الْإِطْلَاقِ حتى (((وحتى))) لو
أَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ بَعْدَ يَمِينِ الْمُدَّعَى عليه قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ عِنْدَ الْعَامَّةِ وَعِنْدَ
بَعْضِهِمْ لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ لو أَقَامَ الْبَيِّنَةَ لَا تَبْقَى له وِلَايَةُ الِاسْتِحْلَافِ فَكَذَا إذَا
اسْتَحْلَفَ لَا يَبْقَى له وِلَايَةُ إقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَالْجَامِعُ أَنَّ حَقَّهُ في أَحَدِهِمَا فَلَا يَمْلِكُ
الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْعَامَّةِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ هِيَ الْأَصْلُ في الْحُجَّةِ لِأَنَّهَا كَلَامُ
الْأَجْنَبِيِّ
فَأَمَّا الْيَمِينُ فَكَالْخَلَفِ عن الْبَيِّنَةِ لِأَنَّهَا كَلَامُ الْخَصْمِ صِيرَ إلَيْهَا لِلضَّرُورَةِ فإذا
جاء الْأَصْلُ انْتَهَى حُكْمُ الْخَلَفِ فَكَأَنَّهُ لم يُوجَدْ أَصْلًا
وَلَوْ قال الْمُدَّعِي لِلْمُدَّعَى عليه احْلِفْ وَأَنْتَ بَرِيءٌ من هذا الْحَقِّ الذي ادَّعَيْته
أو أنت بَرِيءٌ من هذا الْحَقِّ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّ قَوْلَهُ أنت بَرِيءٌ
يَحْتَمِلُ الْبَرَاءَةَ لِلْحَالِ أَيْ بريء (((بريء))) عن دَعْوَاهُ وَخُصُومَتِهِ لِلْحَالِ
وَيَحْتَمِلُ الْبَرَاءَةَ عن الْحَقِّ فَلَا يُجْعَلُ إبْرَاءً عن الْحَقِّ بِالشَّكِّ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ
وَتَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الِامْتِنَاعِ عن تَحْصِيلِهِ فَالْمُدَّعَى عليه إذَا نَكَل عن الْيَمِينِ فَإِنْ
كان ذلك في دَعْوَى الْمَالِ يُقْضَى عليه بِالْمَالِ عِنْدَنَا لَكِنْ يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ
يَقُولَ له إنِّي أَعْرِضُ عَلَيْكَ الْيَمِينَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ فَإِنْ حَلَفْت وَإِلَّا قَضَيْت عَلَيْك

لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى عليه مِمَّنْ لَا يَرَى الْقَضَاءَ بِالنُّكُولِ أو يَكُونَ عِنْدَهُ أَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَرَى الْقَضَاءَ بِالنُّكُولِ أو لَحِقَهُ حِشْمَةُ الْقُضَاةِ وَمَهَابَةُ الْمَجْلِسِ في الْمَرَّةِ الْأُولَى فَكَانَ الِاحْتِيَاطُ أَنْ يَقُولَ له ذلك فَإِنْ نَكَل عن الْيَمِينِ بَعْدَ الْعَرْضِ عليه ثَلَاثًا فإن الْقَاضِيَ يَقْضِي عليه عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَقْضِي بِالنُّكُولِ وَلَكِنْ برد (((يرد))) الْيَمِينَ إلَى الْمُدَّعِي فَيَحْلِفُ فَيَأْخُذُ حَقَّهُ
احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْبَيِّنَةُ على الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ على الْمُدَّعَى عليه جَعَلَ الْبَيِّنَةَ حُجَّةَ الْمُدَّعِي وَالْيَمِينَ حُجَّةُ الْمُدَّعَى عليه ولم يذكر عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ النُّكُولَ فَلَوْ كان حُجَّةَ الْمُدَّعِي لَذَكَرَهُ وَالْمَعْقُولُ أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ نَكَلَ لِكَوْنِهِ كَاذِبًا في الْإِنْكَارِ فَاحْتُرِزَ عن الْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ نَكَل مع كَوْنِهِ صَادِقًا في الْإِنْكَارِ تَوَرُّعًا عن الْيَمِينِ الصَّادِقَةِ فَلَا يَكُونُ حُجَّةَ الْقَضَاءِ مع الشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ لَكِنْ يَرُدُّ الْيَمِينَ إلَى الْمُدَّعِي لِيَحْلِفَ فيقضى له لِأَنَّهُ تَرَجَّحَ جنبة الصِّدْقُ في دَعْوَاهُ بِيَمِينِهِ وقد وَرَدَ الشَّرْعُ بِرَدِّ الْيَمِينِ إلَى الْمُدَّعِي فإنه رُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عُثْمَانَ رضي اللَّهُ عنه ادَّعَى على الْمِقْدَادِ مَالًا بين يَدَيْ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه فَأَنْكَرَ الْمِقْدَادُ وَتَوَجَّهَتْ عليه الْيَمِينُ فَرَدَّ الْيَمِينَ على سَيِّدِنَا عُثْمَانَ وَسَيِّدُنَا عُمَر جَوَّزَ ذلك وَلَنَا ما رُوِيَ أَنَّ شُرَيْحًا قَضَى على رَجُلٍ بِالنُّكُولِ فقال الْمُدَّعَى عليه أنا أَحْلِفُ فقال شُرَيْحٌ مَضَى قَضَائِي وكان لَا تَخْفَى قَضَايَاهُ على أَصْحَابِ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم ولم يُنْقَل أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ فَيَكُونُ إجْمَاعًا منهم على جَوَازِ الْقَضَاءِ بِالنُّكُولِ وَلِأَنَّهُ ظَهَرَ صِدْقُ الْمُدَّعِي في دَعْوَاهُ عِنْدَ نُكُولِ الْمُدَّعَى عليه فيقضى له كما لو أَقَامَ الْبَيِّنَةَ
وَدَلَالَةُ الْوَصْفِ أَنَّ الْمَانِعَ من ظُهُورِ الصِّدْقِ في خَبَرِهِ إنْكَارُهُ الْمُدَّعَى عليه وقد عَارَضَهُ النُّكُولُ لِأَنَّهُ كان صَادِقًا في إنْكَارِهِ لَمَّا نَكَل فَزَالَ الْمَانِعُ لِلتَّعَارُضِ فَظَهَرَ صِدْقُهُ في دَعْوَاهُ
وَقَوْلُهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ نَكَل تَوَرُّعًا عن الْيَمِينِ الصَّادِقَةِ قُلْنَا هذا احْتِمَالٌ نَادِرٌ لِأَنَّ الْيَمِينَ الصَّادِقَةَ مَشْرُوعَةٌ فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَرْضَى بِفَوَاتِ حَقِّهِ تَحَرُّزًا عن مُبَاشَرَةِ أَمْرٍ مَشْرُوعٍ وَمِثْلُ هذا الِاحْتِمَالِ سَاقِطِ الِاعْتِبَارِ شَرْعًا
أَلَا يُرَى أَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةُ الْقَضَاءِ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كانت مُحْتَمَلَةً في الْجُمْلَةِ لِأَنَّهَا خَبَرُ من ليس بِمَعْصُومٍ عن الْكَذِبِ لَكِنْ لَمَّا كان الظَّاهِرُ هو الصِّدْقَ سَقَطَ اعْتِبَارُ احْتِمَالِ الْكَذِبِ
كَذَا هذا
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَنَقُولُ الْبَيِّنَةُ حُجَّةُ الْمُدَّعِي وَهَذَا لَا يَنْفِي أَنْ يَكُونَ غَيْرُهَا حُجَّةً وَقَوْلُهُ لو كان حُجَّةً لَذَكَرَهُ
قُلْنَا يَحْتَمِلُ أَنَّهُ لم يَذْكُرْهُ لِمَا قُلْتُمْ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لم يَذْكُرْهُ نَصًّا مع كَوْنِهِ حُجَّةً تَسْلِيطًا لِلْمُجْتَهِدِينَ على الِاجْتِهَادِ لِيُعْرَفَ كَوْنُهُ حُجَّةً بِالرَّأْيِ وَالِاسْتِنْبَاطِ فَلَا يَكُونُ حُجَّةً مع الِاحْتِمَالِ وَأَمَّا رَدُّ الْيَمِينِ على الْمُدَّعِي فَلَيْسَ بِمَشْرُوعٍ لِمَا قُلْنَا من قَبْلُ
وَأَمَّا حَدِيثُ الْمِقْدَادِ فَلَا حُجَّةَ فيه لِأَنَّ فيه ذِكْرَ الرَّدِّ من غَيْرِ نُكُولِ الْمُدَّعَى عليه وهو خَارِجٌ عن أَقَاوِيلِ الْكُلِّ فَكَانَ مُؤَوَّلًا عِنْدَ الْكُلِّ ثُمَّ تَأْوِيلُهُ أَنَّ الْمِقْدَادَ رضي اللَّهُ عنه ادَّعَى الْإِيفَاءَ فَأَنْكَرَ سَيِّدُنَا عُثْمَانُ رضي اللَّهُ عنه فَتَوَجَّهَتْ الْيَمِينُ عليه وَنَحْنُ بِهِ نَقُولُ
هذا إذَا نَكَل عن الْيَمِينِ في دَعْوَى الْمَالِ فَإِنْ كان النُّكُولُ في دَعْوَى الْقِصَاصِ فَنَقُولُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى في الْقِصَاصِ في النَّفْسِ وَإِمَّا أَنْ تَكُونَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ فَإِنْ كان في النَّفْسِ فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لَا يُقْضَى فيه لَا

بِالْقِصَاصِ وَلَا بِالْمَالِ لَكِنَّهُ يُحْبَسُ حتى يُقِرَّ أو يَحْلِفَ أَبَدًا وَإِنْ كان الدَّعْوَى في الْقِصَاصِ في الطَّرَفِ فإنه يقضى بِالْقِصَاصِ في الْعَمْدِ وَبِالدِّيَةِ في الخطأ
وَعِنْدَهُمَا لَا يُقْضَى بِالْقِصَاصِ في النَّفْسِ وَالطَّرَفِ جميعا وَلَكِنْ يقضي بِالْأَرْشِ وَالدِّيَةِ فِيهِمَا جميعا بِنَاءً على أَنَّ النُّكُولَ بَذْلٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَالطَّرَفُ يَحْتَمِلُ الْبَذْلَ وَالْإِبَاحَةَ في الْجُمْلَةِ فإن من وَقَعَتْ في يَدِهِ آكلة وَالْعِيَاذُ بِاَللَّهِ تَعَالَى فَأَمْرُ غَيْرِهِ بِقَطْعِهَا يُبَاحُ له قَطْعُهَا صِيَانَةً لِلنَّفْسِ
وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الطَّرَفَ يَسْلُكُ مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ لِأَنَّهُ خُلِقَ وِقَايَةً لِلنَّفْسِ كَالْمَالِ فَأَمَّا النَّفْسُ فَلَا تَحْتَمِلُ الْبَذْلَ وَالْإِبَاحَةَ بِحَالٍ وَكَذَا الْمُبَاحُ له الْقَطْعُ إذَا قَطَعَ لَا ضَمَانَ عليه وَالْمُبَاحُ له الْقَتْلُ إذَا قَتَلَ يَضْمَنُ فَكَانَ الطَّرَفُ جَارِيًا مَجْرَى الْمَالِ بِخِلَافِ النَّفْسِ فَأَمْكَنَ الْقَضَاءُ بِالنُّكُولِ في الطَّرَفِ دُونَ النَّفْسِ فَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ لَا يَسْتَحْلِفَ في النَّفْسِ عِنْده كما لَا يَسْتَحْلِف في الْأَشْيَاءِ السَّبْعَة لِأَنَّ الِاسْتِحْلَاف لِلتَّوَسُّلِ إلَى الْمَقْصُودِ المدعى وهو إحْيَاء حَقِّه بِالْقَضَاءِ بِالنُّكُولِ وَلَا يقضى فيها بِالنُّكُولِ أَصْلًا عِنْده فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَسْتَحْلِف إلَّا أَنَّهُ اُسْتُحْسِنَ في الِاسْتِحْلَاف فيها لِأَنَّ

(6/230)

الشَّرْع وَرَدَ بِهِ في الْقَسَامَةِ وَجَعَلَهُ حَقًّا مَقْصُودًا في نَفْسِهِ تَعْظِيمًا لِأَمْرِ الدَّمِ وَتَفْخِيمًا لِشَأْنِهِ لِكَوْنِ الْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ مُهْلِكَةً فَصَارَ بِالنُّكُولِ مَانِعًا حَقًّا مُسْتَحَقًّا عليه مَقْصُودًا فَيُحْبَسُ حتى يُقِرَّ أو يَحْلِفَ بِخِلَافِ الْأَشْيَاءِ السَّبْعَةِ فإن الِاسْتِحْلَافَ فيها لِلتَّوَسُّلِ إلَى اسْتِيفَاءِ الْمَقْصُودِ بِالنُّكُولِ وَأَنَّهُ لَا يَقَعُ وَسِيلَةً إلَى هذا الْمَقْصُودِ وَعِنْدَهُمَا النُّكُولُ إقْرَارٌ فيه شُبْهَةُ الْعَدَمِ لِأَنَّهُ إقْرَارٌ بِطَرِيقِ السُّكُوتِ وَأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ وَالْقِصَاصُ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ وإذا سَقَطَ الْقِصَاصُ لِلشُّبْهَةِ يَجِبُ الْمَالُ بِخِلَافِ شَهَادَةِ النِّسَاءِ مع الرِّجَالِ وَالشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ أنها لَا تُقْبَلُ في بَابِ الْقِصَاصِ أَصْلًا لِأَنَّ التَّعَذُّرَ هُنَاكَ من جِهَةِ من له الْقِصَاصُ وهو عَدَمُ الْإِتْيَانِ بِحُجَّةٍ مُظْهِرَةٍ لِلْحَقِّ وَهِيَ شَهَادَةُ شُهُودٍ أُصُولٍ مَذْكُورٍ وَالتَّعَذُّرُ هُنَا من جِهَةِ من عليه الْقِصَاصُ وهو عَدَمُ التَّنْصِيصِ على الْإِقْرَارِ وَالْأَصْلُ أَنَّ الْقِصَاصَ إذَا بَطَلَ من جِهَةِ من له الْقِصَاصُ لَا تَجِبُ الدِّيَةُ وإذا بَطَلَ من جِهَةِ من عليه تَجِبُ الدِّيَةُ
وَأَمَّا في دَعْوَى السَّرِقَةِ إذَا حَلَفَ على الْمَالِ وَنَكَل يُقْضَى بِالْمَالِ لَا بِالْقَطْعِ لِأَنَّ النُّكُولَ حُجَّةٌ في الْأَمْوَالِ دُونَ الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ
وَأَمَّا في حَدِّ الْقَذْفِ إذَا اسْتَحْلَفَ على ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فنكل (((فكل))) يَقْضِي بِالْحَدِّ في ظَاهِرِ الْأَقَاوِيلِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْقِصَاصِ في الطَّرَفِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا بِمَنْزِلَةِ التَّعْزِيرِ
وقال بَعْضُهُمْ هو بِمَنْزِلَةِ سَائِرِ الْحُدُودِ لَا يُقْضَى فيه بِشَيْءٍ وَلَا يُحَلَّفُ لِأَنَّهُ حَدٌّ وَقِيلَ يُحَلَّفُ وَيُقْضَى فيه بِالتَّعْزِيرِ دُونَ الْحَدِّ كما في السَّرِقَةِ يُحَلَّفُ وَيُقْضَى بِالْمَالِ دُونَ الْقَطْعِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما تَنْدَفِعُ بِهِ الْخُصُومَةُ عن الْمُدَّعَى عليه وَيَخْرُجُ عن كَوْنِهِ خَصْمًا لِلْمُدَّعِي فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ إنه يَخْرُجُ عن كَوْنه خَصْمًا لِلْمُدَّعِي بِكَوْنِ يَدِهِ غير يَدِ الْمَالِكِ وَذَلِكَ يُعْرَفُ بِالْبَيِّنَةِ أو بِالْإِقْرَارِ أو بِعِلْمِ الْقَاضِي نَحْوُ ما إذَا ادَّعَى على رَجُلٍ دَارًا أو ثَوْبًا أو دَابَّةً فقال الذي في يَدِهِ هو مِلْكُ فُلَانٍ

الْغَائِبِ أو دعنيه
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْمُدَّعِيَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَدَّعِيَ عليه مِلْكًا مُطْلَقًا ولم يَدَّعِ عليه فِعْلًا أو يَدَّعِيَ عليه فِعْلًا فَإِنْ ادَّعَى مِلْكًا مُطْلَقًا ولم يَدَّعِ عليه فِعْلًا فقال الذي في يَدِهِ أَوْدَعَنِيهَا فُلَانٌ الْغَائِبُ أو رَهَنَهَا أو آجَرَهَا أو أَعَارَهَا أو غَصَبْتهَا أو سَرَقْتهَا أو أَخَذْتهَا أو انْتَزَعْتهَا أو ضَلَّتْ منه فَوَجَدْتهَا وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ على ذلك تَنْدَفِعُ عنه الْخُصُومَةُ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ
وقال ابن أبي لَيْلَى تَنْدَفِعُ عنه الْخُصُومَةُ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أو لم يُقِمْ
وقال ابن شُبْرُمَةَ لَا تَنْدَفِعُ عنه الْخُصُومَةُ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أو لم يُقِمْ
هذا إذَا لم يَكُنْ الرَّجُلُ مَعْرُوفًا بِالِافْتِعَالِ وَالِاحْتِيَالِ فَإِنْ كان تَنْدَفِعُ عنه الْخُصُومَةُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ أَيْضًا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا تَنْدَفِعُ وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الْمَعْرُوفَةُ بِالْمُخَمَّسَةِ وَالْحُجَجُ تُعْرَفُ في الْجَامِعِ
وَكَذَلِكَ لو ادَّعَى لِنَفْسِهِ وَالْفِعْلَ على غَيْرِ ذِي الْيَدِ بِأَنْ قال هذا مِلْكِي غَصْبه مِنِّي فُلَانٌ لِأَنَّهُ لم يَدَّعِ على ذِي الْيَدِ فِعْلًا فَصَارَ في حَقِّ ذِي الْيَدِ دَعْوَى مُطْلَقَة فَكَانَ على الْخِلَافِ الذي ذَكَرنَا
فَأَمَّا إذَا ادَّعَى فِعْلًا على ذِي الْيَدِ بِأَنْ قال هذه دَارِي أو دَابَّتِي أو ثَوْبِي أَوْدَعْتُكهَا أو غَصَبْتنِيهَا أو سَرَقْتهَا أو اسْتَأْجَرْتهَا أو ارْتَهَنْتهَا مِنِّي وقال الذي في يَدَيْهِ أنها لِفُلَانٍ الْغَائِبِ أَوْدَعَنِيهَا أو غَصَبْتهَا منه وَنَحْوَ ذلك وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ على ذلك لَا تَنْدَفِعُ عنه الْخُصُومَةُ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ ذَا الْيَدِ في دَعْوَى الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ إنَّمَا يَكُونُ خَصْمًا بيده أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو لم يَكُنْ الْمُدَّعِي في يَدِهِ لم يَكُنْ خَصْمًا فإذا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على أَنَّ الْيَدَ لِغَيْرِهِ كان الْخَصْمُ ذلك الْغَيْرَ وهو غَائِبٌ
فَأَمَّا في دَعْوَى الْفِعْلِ فَإِنَّمَا يَكُونُ خَصْمًا بِفِعْلِهِ لَا بيده أَلَا تَرَى أَنَّ الْخُصُومَةَ مُتَوَجِّهَةٌ عليه بِدُونِ يَدِهِ وإذا كان خَصْمًا بِفِعْلِهِ بِالْبَيِّنَةِ لَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الْفِعْلَ منه لم يَكُنْ فَبَقِيَ خَصْمًا
وَلَوْ ادَّعَى فِعْلًا لم يُسَمِّ فَاعِلَهُ بِأَنْ قال غُصِبَتْ مِنِّي أو أُخِذَتْ مِنِّي فَأَقَامَ ذُو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ على الْإِيدَاعِ تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ لِأَنَّهُ ادَّعَى الْفِعْلَ على مَجْهُولٍ وَأَنَّهُ بَاطِلٌ فَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ فَبَقِيَ دَعْوَى مِلْكٍ مُطْلَقٍ فَتَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ لِأَنَّهُ ادَّعَى الْفِعْلَ على مَجْهُولٍ وَأَنَّهُ بَاطِلٌ فَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ فَبَقِيَ دَعْوَى مِلْكٍ مُطْلَقٍ فَتَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ وَلَوْ قال سُرِقَ مِنِّي فَالْقِيَاسُ أَنْ تَنْدَفِعَ الْخُصُومَةُ كما في الْغَصْبِ وَالْأَخْذِ وهو قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ
وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا تَنْدَفِعُ فَرْقًا بين الْغَصْبِ وَالْأَخْذِ وهو قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَوَجْهُ الْفَرْقِ يُعْرَفُ في الْجَامِعِ
وَلَوْ قال الْمُدَّعِي هذه الدَّارُ كانت لِفُلَانٍ فَاشْتَرَيْتهَا منه وقال الذي في يَدِهِ أَوْدَعَنِي فُلَانٌ الذي ادَّعَيْت الشِّرَاءَ من جِهَتِهِ أو سَرَقْتهَا منه أو غَصَبْتهَا تَنْدَفِعُ عنه الْخُصُومَةُ من غَيْرِ إقَامَةِ الْبَيِّنَةِ على ذلك لِأَنَّهُ ثَبَتَ كَوْنُ يَدِهِ يَدَ غَيْرِهِ بِتَصَادُقِهِمَا أَمَّا الْمُدَّعَى عليه فَظَاهِرٌ وَأَمَّا الْمُدَّعِي فَبِدَعْوَاهُ الشِّرَاءَ منه لِأَنَّ الشِّرَاءَ منه لَا يَصِحُّ بِدُونِ

الْيَدِ
وَكَذَا لو أَقَامَ الذي في يَدَيْهِ الْبَيِّنَةُ على إقْرَارِ الْمُدَّعِي بِذَلِكَ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالْبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ بِالْمُعَايَنَةِ وَلَوْ عَايَنَا إقْرَارَهُ لَانْدَفَعَتْ الْخُصُومَةُ كَذَا هذا وَكَذَلِكَ إذَا عَلِمَ الْقَاضِي بِذَلِكَ لِأَنَّ الْعِلْمَ الْمُسْتَفَادَ له في زَمَانِ الْقَضَاءِ فَوْقَ الْإِقْرَارِ لِكَوْنِهِ حُجَّةً مُتَعَدِّيَةً إلَى الناس كَافَّةً بِمَنْزِلَةِ الْبَيِّنَةِ وَكَوْنِ الْإِقْرَارِ حُجَّةً مُقْتَصِرَةً على الْمُقِرِّ خَاصَّةً ثُمَّ لَمَّا انْدَفَعَتْ الْخُصُومَةُ بِإِقْرَارِ الْمُدَّعِي فَبِعِلْمِ الْقَاضِي أَوْلَى
وَلَوْ قال الذي في يَدَيْهِ ابْتَعْته من فُلَانٍ الْغَائِبِ لَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ لِأَنَّهُ ادَّعَى الْمِلْكَ وَالْيَدَ لِنَفْسِهِ وَهَذَا مُقِرٌّ بِكَوْنِهِ خَصْمًا فَكَيْفَ تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ
وَلَوْ أَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ ابْتَاعَهُ من عبد اللَّهِ وقال الذي في يَدَيْهِ أَوْدَعَنِيهِ عبد اللَّهِ ذلك تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ من غَيْرِ بَيِّنَةٍ لِأَنَّهُمَا تَصَادَقَا على الْوُصُولِ إلَيْهِ من يَدِ عبد اللَّهِ فَأَثْبَتَا الْيَدَ له وهو غَائِبٌ وَعَلَى هذا الْأَصْلِ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ في الْجَامِعِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ تَعَارُضِ الدَّعْوَتَيْنِ مع تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ فَالْكَلَامُ فيه يَقَعُ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ حُكْمِ تَعَارُضِ الدَّعْوَتَيْنِ مع تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ الْقَائِمَتَيْنِ على أَصْلِ الْمِلْكِ
وَالثَّانِي في بَيَانِ حُكْمِ تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ الْقَائِمَتَيْنِ على قَدْرِ الْمِلْكِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْأَصْلُ أَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ إذَا تَعَارَضَتَا في أَصْلِ الْمِلْكِ من حَيْثُ الظَّاهِرُ فَإِنْ أَمْكَنَ تَرْجِيحُ إحْدَاهُمَا على الْأُخْرَى يُعْمَلُ بِالرَّاجِحِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةٌ من حُجَجِ الشَّرْعِ وَالرَّاجِحُ مُلْحَقٌ بِالْمُتَيَقَّنِ في أَحْكَامِ الشَّرْعِ وَإِنْ تَعَذَّرَ التَّرْجِيحُ فَإِنْ أَمْكَنَ الْعَمَلُ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا من كل وَجْهٍ وَجَبَ الْعَمَلُ بِهِ وَإِنْ تَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِهِمَا من كل وَجْهٍ وَأَمْكَنَ الْعَمَلُ بِهِمَا من وَجْهٍ وَجَبَ الْعَمَلُ بِهِمَا لِأَنَّ الْعَمَلَ بِالدَّلِيلَيْنِ وَاجِبٌ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَإِنْ تَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِهِمَا أَصْلًا سَقَطَ اعْتِبَارُهُمَا وَالْتَحَقَا بِالْعَدَمِ إذْ لَا حُجَّةَ مع الْمُعَارَضَةِ كما لَا حُجَّةَ مع المنا (((المناقضة)))
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ في هذا الْفَصْلِ أَنَّ الدَّعْوَى ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ دَعْوَى الْمِلْكِ وَدَعْوَى الْيَدِ وَدَعْوَى الْحَقِّ وزاد مُحَمَّدٌ مَسَائِلَ الدَّعْوَى على دَعْوَى الْمِلْكِ وَالْيَدِ وَالنَّسَبِ
أَمَّا دَعْوَى الْمِلْكِ فَلَا تَخْلُو إمَّا أَنْ تَكُونَ من الْخَارِجِ على ذِي الْيَدِ وَإِمَّا أَنْ تَكُونَ من الْخَارِجِينَ على ذِي الْيَدِ
وَإِمَّا أَنْ تَكُونَ من صَاحِبَيْ الْيَدِ أَحَدُهُمَا على الْآخَرِ فَإِنْ كانت الدَّعْوَى من الْخَارِجِ على ذِي الْيَدِ دَعْوَى الْمِلْكِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَلَا تخلو (((يخلو))) إمَّا إن قَامَتْ الْبَيِّنَتَانِ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ عن الْوَقْتِ وَإِمَّا إن قَامَتَا على مِلْكٍ مُؤَقَّتٍ

وأما إن قَامَتْ إحْدَاهُمَا على مِلْكٍ مُطْلَقٍ وَالْأُخْرَى على مِلْكٍ مُؤَقَّتٍ وَكُلُّ ذلك لَا يَخْلُو إمَّا إن كانت بِسَبَبٍ وَإِمَّا إن كانت بِغَيْرِ سَبَبٍ فَإِنْ قَامَتَا على مِلْكٍ مُطْلَقٍ عن الْوَقْتِ فَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوْلَى عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ أَوْلَى
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ تَعَارَضَتَا من حَيْثُ الظَّاهِرُ وَتَرَجَّحَتْ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ بِالْيَدِ فَكَانَ الْعَمَلُ بها أَوْلَى وَلِهَذَا عُمِلَ بِبَيِّنَتِهِ في دَعْوَى النِّكَاحِ
وَلَنَا أَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةُ الْمُدَّعِي لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْبَيِّنَةُ على الْمُدَّعِي وَذُو الْيَدِ ليس بِمُدَّعٍ فَلَا تَكُونُ الْبَيِّنَةُ حَجَّتَهُ وَالدَّلِيلُ على أَنَّهُ ليس بِمُدَّعٍ ما ذَكَرْنَا من تَحْدِيدِ الْمُدَّعِي أَنَّهُ اسْمٌ لِمَنْ يُخْبِرُ عَمَّا في يَدِ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ
وَالْمَوْصُوفُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ هو الْخَارِجُ لَا ذُو الْيَدِ لِأَنَّهُ يُخْبِرُ عَمَّا في يَدِ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ فلم يَكُنْ مُدَّعِيًا فَالْتَحَقَتْ بينته (((ببينته))) بِالْعَدَمِ فَبَقِيَتْ بَيِّنَةُ

الْخَارِجِ بِلَا مُعَارِضٍ فَوَجَبَ الْعَمَلُ بها وَلِأَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ أَظْهَرَتْ له سَبْقَ الْمِلْكِ فَكَانَ الْقَضَاءُ بها أَوْلَى كما إذَا وُقِّتَتْ الْبَيِّنَتَانِ نَصًّا وَوُقِّتَتْ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ دَلَالَةً وَدَلَالَةُ الْوَصْفِ أنها أَظْهَرَتْ له سَبْقَ الْيَدِ لِأَنَّهُمْ شَهِدُوا له بِالْمِلْكِ الْمُطْلَقِ وَلَا تَحِلُّ لهم الشَّهَادَةُ بِالْمِلْكِ الْمُطْلَقِ إلَّا بِعِلْمِهِمْ بِهِ وَلَا يَحْصُلُ الْعِلْمُ بِالْمِلْكِ إلَّا بَعْدَ الْعِلْمِ بِدَلِيلِ الْمِلْكِ وَلَا دَلِيلَ على الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ سِوَى الْيَدِ فإذا شَهِدُوا لِلْخَارِجِ فَقَدْ أَثْبَتُوا كَوْنَ الْمَالِ في يَدِهِ وَكَوْنُ الْمَالِ في يَدِ ذِي الْيَدِ ظَاهِرًا ثَابِتٌ لِلْحَالِ فَكَانَتْ يَدُ الْخَارِجِ سَابِقَةً على يَدِهِ فَكَانَ مِلْكُهُ سَابِقًا ضَرُورَةً وإذا ثَبَتَ سَبْقُ الْمِلْكِ لِلْخَارِجِ يقضى بِبَيِّنَتِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ له الْمِلْكُ وَالْيَدُ في هذه الْعَيْنِ في زَمَانٍ سَابِقٍ ولم يُعْرَفْ لِثَالِثٍ فيها يَدٌ وَمِلْكٌ عُلِمَ أنها انْتَقَلَتْ من يَدِهِ إلَيْهِ فَوَجَبَ إعَادَةُ يَدِهِ وَرَدُّ الْمَالِ إلَيْهِ حتى يُقِيمَ صَاحِبُ الْيَدِ الْآخِرِ الْحُجَّةَ أَنَّهُ بِأَيِّ طَرِيقٍ انْتَقَلَ إلَيْهِ كما إذَا عَايَنَ الْقَاضِي كَوْنَ الْمَالِ في يَدِ إنْسَانٍ وَيَدَّعِيه لِنَفْسِهِ ثُمَّ رَآهُ في يَدِ غَيْرِهِ فإنه يَأْمُرُهُ بِالرَّدِّ إلَيْهِ إذَا ادعاه ذلك الرَّجُلُ إلَى أَنْ يُبَيِّنَ سَبَبًا صَالِحًا لِلِانْتِقَالِ إلَيْهِ

وَكَذَا إذَا أَقَرَّ الْمُدَّعَى عليه أَنَّ هذا الْمَالَ كان في يَدِ الْمُدَّعِي فإنه يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ إلَيْهِ إلَى أَنْ يُبَيِّنَ بِالْحُجَّةِ طَرِيقًا صَالِحًا لِلِانْتِقَالِ إلَيْهِ كَذَلِكَ هذا وَصَارَ كما إذَا أَرَّخَا نَصًّا وَتَارِيخُ أَحَدِهِمَا أَسْبَقُ لِأَنَّ هذا تَارِيخٌ من حَيْثُ الْمَعْنَى بِخِلَافِ النِّتَاجِ لِأَنَّ هُنَاكَ لم يَثْبُتْ

(6/232)

سَبْقُ الْخَارِجِ لِانْعِدَامِ تَصَوُّرِ السَّبْقِ وَالتَّأْخِيرِ فيه لِأَنَّ النِّتَاجَ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ التَّكْرَارَ فَيُطْلَبُ التَّرْجِيحُ من وَجْهٍ آخَرَ فَتَتَرَجَّحُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ بِالْيَدِ وَهُنَا بِخِلَافِهِ

هذا إذَا قَامَتْ الْبَيِّنَتَانِ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ عن الْوَقْتِ من غَيْرِ سَبَبٍ فَأَمَّا إذَا قَامَتَا على مِلْكٍ مُوَقَّتٍ من غَيْرِ سَبَبٍ فَإِنْ اسْتَوَى الْوَقْتَانِ يقضى لِلْخَارِجِ لِأَنَّهُ بَطَلَ اعْتِبَارُ الْوَقْتَيْنِ لِلتَّعَارُضِ فَبَقِيَ دَعْوَى مِلْكٍ مُطْلَقٍ وَإِنْ كان أَحَدُهُمَا أَسْبَقَ من الْآخَرِ يُقْضَى لِلْأَسْبَقِ وَقْتًا أَيُّهُمَا كان في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما (((رحمهم))) اللَّهُ تَعَالَى

وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ رَجَعَ عن هذا الْقَوْلِ عِنْدَ رُجُوعِهِ من الرِّقَّةِ وقال لَا تُقْبَلُ من صَاحِبِ الْيَدِ بَيِّنَةٌ على وَقْتٍ وَغَيْرِهِ إلَّا في النِّتَاجِ وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ بَيِّنَةَ صَاحِبِ الْوَقْتِ الْأَسْبَقِ أَظْهَرَتْ الْمِلْكَ له في وَقْتٍ لَا يُنَازِعُهُ فيه أَحَدٌ فَيَدْفَعُ الْمُدَّعِي إلَى أَنْ يُثْبِتَ بِالدَّلِيلِ سَبَبًا لِلِانْتِقَالِ عنه إلَى غَيْرِهِ وَإِنْ أَقَامَتْ إحْدَاهُمَا على مِلْكٍ مُطْلَقٍ وَالْأُخْرَى على مِلْكٍ مُوَقَّتٍ من غَيْرِ سَبَبٍ لَا عِبْرَةَ لِلْوَقْتِ عِنْدَهُمَا ويقضى لِلْخَارِجِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يُقْضَى لِصَاحِبِ الْوَقْتِ أَيُّهُمَا كان وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مِثْلُهُ

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ بَيِّنَةَ صَاحِبِ الْوَقْتِ أَظْهَرَتْ الْمِلْكَ له في وَقْتٍ خَاصٍّ لَا يُعَارِضُهَا فيه بَيِّنَةُ مُدَّعِي الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ بِيَقِينٍ بَلْ تَحْتَمِلُ الْمُعَارَضَةَ وَعَدَمَهَا لِأَنَّ الْمِلْكَ الْمُطْلَقَ لَا يَتَعَارَضُ لِلْوَقْتِ فَلَا تَثْبُتُ الْمُعَارَضَةُ بِالشَّكِّ وَلِهَذَا لو ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ من الْخَارِجَيْنِ على ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ من رَجُلٍ وَاحِدٍ وَوُقِّتَتْ بَيِّنَةُ أَحَدِهِمَا وَأُطْلِقَتْ الْأُخْرَى أَنَّهُ يقضى لِصَاحِبِ الْوَقْتِ

كَذَا هذا
وَلَهُمَا أَنَّ الْمِلْكَ احْتَمَلَ السَّبْقَ وَالتَّأْخِيرَ لِأَنَّ الْمِلْكَ الْمُطْلَقَ يَحْتَمِلُ التَّأْخِيرَ وَالسَّبْقَ لِجَوَازِ أَنَّ صَاحِبَ الْبَيِّنَةِ الْمُطْلَقَةِ لو وُقِّتَتْ بَيِّنَتُهُ كان وَقْتُهَا أَسْبَقَ فَوَقَعَ الِاحْتِمَالُ في سَبْقِ الْمِلْكِ الْمُوَقَّتِ فَسَقَطَ اعْتِبَارُ الْوَقْتِ فَبَقِيَ دَعْوَى مُطْلَقِ الْمِلْكِ فَيُقْضَى لِلْخَارِجِ بِخِلَافِ الْخَارِجَيْنِ إذَا ادَّعَيَا الشِّرَاءَ من رَجُلٍ وَاحِدٍ لِأَنَّ الْبَائِعَ إذَا كان وَاحِدًا فَقَدْ اتَّفَقَا على تَلَقِّي الْمِلْكِ منه بِبَيْعِهِ وَأَنَّهُ أَمْرٌ حَادِثٌ وقد ظَهَرَ بِالتَّارِيخِ أَنَّ شِرَاءَ صَاحِبِ الْوَقْتِ أَسْبَقُ وَلَا تَارِيخَ مع الْآخَرِ وَشِرَاؤُهُ أَمْرٌ حَادِثٌ وَلَا يُعْلَمُ تَارِيخُهُ فَكَانَ صَاحِبُ التَّارِيخِ أَوْلَى
هذا إذَا قَامَتْ الْبَيِّنَتَانِ من الْخَارِجِ وَذِي الْيَدِ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ أو مُوَقَّتٍ من غَيْرِ سَبَبٍ فَأَمَّا إذَا كان في دَعْوَى ذلك بِسَبَبٍ فَإِنْ كان السَّبَبُ هو الْإِرْثَ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ حتى لو قَامَتْ الْبَيِّنَتَانِ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ بِسَبَبِ الْإِرْثِ بِأَنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ على أَنَّهُ مِلْكُهُ مَاتَ أَبُوهُ وَتَرَكَهُ مِيرَاثًا له يُقْضَى لِلْخَارِجِ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ
وَكَذَلِكَ إنْ قَامَتَا على مِلْكٍ مُوَقَّتٍ وَاسْتَوَى الْوَقْتَانِ لِأَنَّهُ سَقَطَ اعْتِبَارُ الْوَقْتَيْنِ لِلتَّعَارُضِ فَبَقِيَ دَعْوَى مُطْلَقِ الْمِلْكِ
وَإِنْ كان أَحَدُهُمَا أَسْبَقَ من الْآخَرِ يُقْضَى لِأَسْبَقِهِمَا وَقْتًا أَيُّهُمَا كان في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ الْأَوَّلِ وفي قَوْلِ مُحَمَّدٍ الْآخَرِ يُقْضَى لِلْخَارِجِ لِأَنَّ دَعْوَى الْإِرْثِ دَعْوَى مِلْكِ الْمَيِّتِ فَكُلُّ وَاحِدَةٍ من الْبَيِّنَتَيْنِ أَظْهَرَتْ مِلْكَ الْمَيِّتِ لَكِنْ قام الْوَارِثُ مَقَامَ الْمَيِّتِ في مِلْكِ الْمَيِّتِ فَكَأَنَّ الْوَارِثَيْنِ ادَّعَيَا مِلْكًا مُطْلَقًا أو موقعا (((موقتا))) من غَيْرِ سَبَبٍ وَهُنَاكَ الْجَوَابُ هَكَذَا في الْفُصُولِ كُلِّهَا من الِاتِّفَاقِ وَالِاخْتِلَافِ إلَّا في فَصْلٍ وَاحِدٍ وهو ما إذَا قَامَتْ إحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ وَالْأُخْرَى على مِلْكٍ مُوَقَّتٍ فإن هُنَا يُقْضَى لِلْخَارِجِ بِالِاتِّفَاقِ وَلَا عِبْرَةَ لِلْوَقْتِ كما لَا عِبْرَةَ له في دَعْوَى الْمُوَرِّثِينَ
وَهَذَا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ يَطَّرِدُ على أَصْلِ أبي يُوسُفَ فَيُشْكِلُ وَإِنْ كان السَّبَبُ هو الشِّرَاءَ بِأَنْ ادَّعَى الْخَارِجُ أَنَّهُ اشْتَرَى هذه الدَّارَ من صَاحِبِ الْيَدِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَنَقَدَهُ الثَّمَنَ وَادَّعَى صَاحِبُ الْيَدِ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا من الْخَارِجِ وَنَقَدَهُ الثَّمَنَ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ على ذلك فَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ على الشِّرَاءِ من غَيْرِ وَقْتٍ وَلَا قَبْضٍ لَا تُقْبَلُ الْبَيِّنَتَانِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَلَا يَجِبُ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا على صَاحِبِهِ شَيْءٌ وَيَتْرُكُ الْمُدَّعِي في يَدِ ذِي الْيَدِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يُقْضَى بِالْبَيِّنَتَيْنِ وَيُؤْمَرُ بِتَسْلِيمِ الْمُدَّعِي إلَى الْخَارِجِ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ التَّوْفِيقَ بين الدَّلِيلَيْنِ وَاجِبٌ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَأَمْكَنَ التَّوْفِيقُ هُنَا بين الْبَيِّنَتَيْنِ بِتَصْحِيحِ الْعَقْدَيْنِ بِأَنْ يُجْعَلَ كَأَنَّ صَاحِبَ الْيَدِ اشْتَرَاهُ أَوَّلًا من الْخَارِجِ وَقَبَضَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ الْخَارِجُ من صَاحِبِ الْيَدِ ولم يَقْبِضْهُ حتى بَاعَهُ من صَاحِبِ الْيَدِ فَيُوجَدُ الْعَقْدَانِ على الصِّحَّةِ لَكِنْ بِتَقْدِيرِ تَارِيخٍ وَقَبْضٍ وفي هذا التَّقْدِيرِ تَصْحِيحُ الْعَقْدَيْنِ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِهِ وَلَا وَجْهَ لِلْقَوْلِ بِالْعَكْسِ من ذلك بِأَنْ يُجْعَلَ كَأَنَّ الْخَارِجَ اشْتَرَى أَوَّلًا من صَاحِبِ الْيَدِ ولم يَقْبِضْهُ حتى بَاعَهُ من صَاحِبِ الْيَدِ لِأَنَّ

في هذا التَّقْدِيرِ إفْسَادَ الْعَقْدِ الْأَخِيرِ لِأَنَّهُ بَيْعُ الْعَقَارِ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ وَأَنَّهُ غَيْرُ جَائِزٍ عِنْدَهُ فَتَعَيَّنَ تَصْحِيحُ الْعَقْدَيْنِ بِالتَّقْدِيرِ الذي قُلْنَا وإذا صَحَّ الْعَقْدَانِ يَبْقَى المشتري في يَدِ صَاحِبِ الْيَدِ فَيُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ إلَى الْخَارِجِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَأَبِي حَنِيفَةَ إنِ كُلَّ مشتري (((مشتر))) يَكُونُ مُقِرًّا بِكَوْنِ الْبَيْعِ مِلْكًا لِلْبَائِعِ فَكَانَ دَعْوَى الشِّرَاءِ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا إقْرَارًا بِمِلْكِ الْمَبِيعِ لِصَاحِبِهِ فكأن الْبَيِّنَتَانِ قَائِمَتَيْنِ على إقْرَارِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْمِلْكِ لِصَاحِبِهِ وَبَيْنَ مُوجِبِي الْإِقْرَارَيْنِ تَنَافٍ فَتَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِالْبَيِّنَتَيْنِ أَصْلًا وَإِنْ وقت (((وقتت))) الْبَيِّنَتَانِ وَوَقْتُ الْخَارِجِ أَسْبَقُ فإذا لم يَذْكُرُوا قَبْضًا يقضى بِالدَّارِ لِصَاحِبِ الْيَدِ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يُقْضَى لِلْخَارِجِ لِأَنَّ وَقْتَ الْخَارِجِ إذَا كان أَسْبَقَ جُعِلَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى الدَّارَ أَوَّلًا ولم يَقْبِضْهَا حتى بَاعَهَا من صَاحِبِ الْيَدِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يُقْضَى لِلْخَارِجِ لِأَنَّ وَقْتَ الْخَارِجِ إذَا كان أَسْبَقَ جُعِلَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى الدَّارَ أَوَّلًا ولم يَقْبِضْهَا حتى بَاعَهَا من صَاحِبِ الْيَدِ وَبَيْعُ الْعَقَارِ قبل الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وإذا لم يَجُزْ بَقِيَ على مِلْكِ الْخَارِجِ وَعِنْدَهُمَا ذلك جَائِزٌ فَصَحَّ الْبَيْعَانِ
وَلَوْ ذَكَرُوا الْقَبْضَ جَازَ الْبَيْعَانِ وَيُقْضَى بِالدَّارِ لِصَاحِبِ الْيَدِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ بَيْعَ الْعَقَارِ بَعْدَ الْقَبْضِ جَائِزٌ بِلَا خِلَافٍ فَيَجُوزُ الْبَيْعَانِ
وَأَمَّا إذَا كان وَقْتُ صَاحِبِ الْيَدِ أَسْبَقَ ولم يَذْكُرُوا قَبْضًا يُقْضَى بها لِلْخَارِجِ لِأَنَّهُ إذَا كان وَقْتُهُ أَسْبَقَ يُجْعَلُ سَابِقًا في الشِّرَاءِ كَأَنَّهُ اشْتَرَى من الْخَارِجِ وَقَبَضَ ثُمَّ اشْتَرَى منه الْخَارِجُ ولم يَقْبِضْ فَيُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إلَيْهِ
وَكَذَلِكَ إنْ ذَكَرُوا قَبْضًا لِأَنَّهُ يُقَدَّرُ كَأَنَّهُ اشْتَرَى من صَاحِبِ الْيَدِ أَوَّلًا وَقَبَضَ ثُمَّ اشْتَرَى الْخَارِجُ منه وَقَبَضَ ثُمَّ عَادَتْ إلَى يَدِ صَاحِبِ الْيَدِ بِوَجْهٍ آخَرَ وَإِنْ كان السَّبَبُ هو النِّتَاجَ وهو الْوِلَادَةُ في الْمِلْكِ فَنَقُولُ لَا يَخْلُو إمَّا إن قَامَتْ الْبَيِّنَتَانِ على النِّتَاجِ وإما إن قامت إحداهما على النتاج والأخرى على الملك المطلق فإن قامت البينتان على النتاج فلا يخلو إما إن كانت البينتان مُطْلَقَتَيْنِ عن الْوَقْتِ وَإِمَّا إن وَقَّتَا وَقْتًا فَإِنْ لم يُوَقِّتَا وَقْتًا يُقْضَى لِصَاحِبِ الْيَدِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ الْقَائِمَةَ على النِّتَاجِ قَائِمَةٌ على أَوَّلِيَّةِ الْمِلْكِ وقد اسْتَوَتْ الْبَيِّنَتَانِ في إظْهَارِ الْأَوَّلِيَّةِ فَتَتَرَجَّحُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ بِالْيَدِ فَيُقْضَى بِبَيِّنَتِهِ
وقد رُوِيَ عن جَابِرٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى بين يَدَيْ رسول اللَّهِ نِتَاجَ نَاقَةٍ في يَدِ رَجُلٍ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عليه وَأَقَامَ ذُو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ على مِثْلِ ذلك فَقَضَى رسول اللَّهِ بِالنَّاقَةِ لِصَاحِبِ الْيَدِ وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ أَصْحَابِنَا
وقال عِيسَى بن أَبَانَ من أَصْحَابِنَا أنه لَا يُقْضَى لِصَاحِبِ الْيَدِ بَلْ تَتَهَاتَرُ الْبَيِّنَتَانِ وَيُتْرَك الْمُدَّعَى في يَدِ صَاحِبِ الْيَد قَضَاءَ تَرْكٍ وَهَذَا خِلَافِ مَذْهَبِ أَصْحَابِنَا فإنه نَصَّ على لَفْظَةِ الْقَضَاءِ وَالتَّرْكِ في يَدِ صَاحِبِ الْيَدِ لَا يَكُونُ قَضَاءً حَقِيقَةً وَكَذَا في الحديث الذي رَوَيْنَاهُ عن النبي أَنَّهُ قَضَى بِذَلِكَ لِصَاحِبِ الْيَدِ
وَكَذَلِكَ في دَعْوَى النِّتَاجِ من الْخَارِجَيْنِ على ثَالِثٍ يُقْضَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَلَا يُتْرَكُ في يَدِ صَاحِبِ الْيَدِ دَلَّ أَنَّ ما ذَكَره خِلَافُ مَذْهَبِ أَصْحَابِنَا
وَلَوْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ على النِّتَاجِ وَالْآخَرُ على الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ عن النِّتَاجِ فَبَيِّنَةُ النِّتَاجِ أَوْلَى لِمَا قُلْنَا أنها قَامَتْ على أَوَّلِيَّةِ الْمِلْكِ لِصَاحِبِهِ فَلَا تَثْبُتُ لِغَيْرِهِ إلَّا بِالتَّلَقِّي منه
وَأَمَّا إنْ وُقِّتَتْ الْبَيِّنَتَانِ فَإِنْ اتَّفَقَ الْوَقْتَانِ فَكَذَلِكَ السُّقُوطُ اعْتِبَارُهُمَا لِلتَّعَارُضِ فَبَقِيَ دَعْوَى الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ وَإِنْ اخْتَلَفَا يُحْكَم بِسِنِّ الدَّابَّةِ فَتُقْضَى لِصَاحِبِ الْوَقْتِ الذي وَافَقَهُ السِّنُّ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّ الْبَيِّنَةَ الْأُخْرَى كَاذِبَةٌ بِيَقِينٍ هذا إذَا عُلِمَ سِنُّهَا فَأَمَّا إذَا أَشْكَلَ سَقَطَ اعْتِبَارُ التَّارِيخِ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ سِنُّهَا مُوَافِقًا لِهَذَا الْوَقْتِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُوَافِقًا لِذَلِكَ الْوَقْتِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُخَالِفًا

لَهُمَا جميعا فَيَسْقُطُ اعْتِبَارُهُمَا كَأَنَّهُمَا سَكَتَا عن التَّارِيخِ أَصْلًا وَإِنْ خَالَفَ سِنُّهَا الْوَقْتَيْنِ جميعا سَقَطَ الْوَقْتُ
كَذَا ذَكَره في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ ظَهَرَ بُطْلَانُ التَّوْقِيتِ فَكَأَنَّهُمَا لم يُوَقِّتَا فَبَقِيَتْ الْبَيِّنَتَانِ قَائِمَتَيْنِ على مُطْلَقِ الْمِلْكِ من غَيْرِ تَوْقِيتٍ وَذَكَر الْحَاكِمُ في مُخْتَصَرِهِ أَنَّ في رِوَايَةِ أبي اللَّيْثِ تَتَهَاتَرُ الْبَيِّنَتَانِ
قال وهو الصَّحِيحُ
وَوَجْهُهُ أَنَّ سِنَّ الدَّابَّةِ إذَا خَالَفَ الْوَقْتَيْنِ فَقَدْ تَيَقَّنَّا بِكَذِبِ الْبَيِّنَتَيْنِ فَالْتَحَقَتَا بِالْعَدَمِ فَيُتْرَكُ المدعى في يَدِ صَاحِبِ الْيَدِ كما كان
وَالْجَوَابُ أَنَّ مُخَالَفَةَ السِّنِّ الْوَقْتَيْنِ يُوجِبُ كَذِبَ الْوَقْتَيْنِ لَا كَذِبَ الْبَيِّنَتَيْنِ أَصْلًا وَرَأْسًا وَكَذَلِكَ لو اخْتَلَفَا في جَارِيَةٍ فقال الْخَارِجُ إنَّهَا وُلِدَتْ في مِلْكِي من أَمَتِي هذه وقال صَاحِبُ الْيَدِ كَذَلِكَ يُقْضَى لِصَاحِبِ الْيَدِ لِمَا قُلْنَا وَكَذَلِكَ لو اخْتَلَفَا في الصُّوفِ والمرعزي وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بينة (((البينة))) أَنَّهُ له جَزُّهُ في مِلْكِهِ يُقْضَى لِصَاحِبِ الْيَدِ
وَكَذَلِكَ لو اخْتَلَفَا في الْغَزْلِ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ له غَزْلُهُ

من قُطْنٍ هو له يُقْضَى لِصَاحِبِ الْيَدِ
وَالْأَصْلُ أَنَّ الْمُنَازَعَةَ إذَا وَقَعَتْ في سَبَبِ مِلْكٍ لَا يَحْتَمِلُ التَّكْرَارَ كان بِمَنْزِلَةِ النِّتَاجِ فَيُقْضَى لِصَاحِبِ الْيَدِ فإذا وَقَعَتْ في سَبَبِ مِلْكٍ يَحْتَمِلُ التَّكْرَارَ لَا يَكُونُ في مَعْنَى النِّتَاجِ وَيُقْضَى لِلْخَارِجِ وَإِنْ أَشْكَلَ الْأَمْرُ في الْمِلْكِ أَنَّهُ يَحْتَمِلُ التَّكْرَارَ أو لَا يُقْضَى لِلْخَارِجِ أَيْضًا
فَعَلَى هذا إذَا اخْتَلَفَا في اللَّبَنِ فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ له حُلِبَ في يَدِهِ وفي مِلْكِهِ يُقْضَى لِصَاحِبِ الْيَدِ لِأَنَّ اللَّبَنَ الْوَاحِدَ لَا يَحْتَمِلُ الْحَلْبَ مَرَّتَيْنِ فَكَانَ في مَعْنَى النِّتَاجِ
وَكَذَلِكَ لو ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الشَّاةَ التي حَلَبَ منها اللَّبَنَ نَتَجَتْ عِنْدَهُ يُقْضَى لِصَاحِبِ الْيَدِ بِالشَّاةِ وَاللَّبَنِ جميعا وَكَذَلِكَ لو اخْتَلَفَا في جُبْنٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ له صَنَعُهُ في مِلْكِهِ يُقْضَى لِصَاحِبِ الْيَدِ لِأَنَّ اللَّبَنَ الْوَاحِدَ لَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَصْنَعَ جُبْنًا مَرَّتَيْنِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ النِّتَاجِ
وَلَوْ اخْتَلَفَا في الْأَرْضِ وَالنَّخْلِ وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ أَرْضُهُ غَرَسَ النَّخْلَ فيها يُقْضَى بها لِلْخَارِجِ لِأَنَّ هذا ليس في مَعْنَى النِّتَاجِ لِأَنَّ النِّتَاجَ سَبَبٌ لِمِلْكِ الْوَلَدِ وَالْغَرْسُ ليس بِسَبَبِ الملك (((لملك))) الْأَرْضِ
وَكَذَا الْغَرْسُ مِمَّا يَحْتَمِلُ التَّكْرَارَ فلم يَكُنْ في مَعْنَى النِّتَاجِ
وَكَذَلِكَ لو اخْتَلَفَا في الْحُبُوبِ الثَّابِتَةِ وَالْقُطْنِ النابت (((الثابت))) ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ له زَرْعُهُ في أَرْضِهِ فإنه يُقْضَى بِالْأَرْضِ وَالْحَبِّ وَالْقُطْنِ لِلْخَارِجِ وَكَذَلِكَ لو اخْتَلَفَا في الْبِنَاءِ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ بنى على أَرْضِهِ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ اخْتَلَفَا في حُلِيٍّ مَصُوغٍ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ صَاغَهُ في مِلْكِهِ يُقْضَى لِلْخَارِجِ لِأَنَّ الصِّيَاغَةَ تَحْتَمِلُ التَّكْرَارَ فلم تَكُنْ في مَعْنَى النِّتَاجِ
وَلَوْ اخْتَلَفَا في ثَوْبِ خَزٍّ أو شَعْرٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ له نَسَجَهُ في مِلْكِهِ فَإِنْ عُلِمَ أَنَّ ذلك لَا يُنْسَجُ إلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً يُقْضَى لِصَاحِبِ الْيَدِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ

النِّتَاجِ وَإِنْ عُلِمَ أَنَّهُ يُنْسَجُ مَرَّتَيْنِ يُقْضَى لِلْخَارِجِ وَكَذَا إنْ كان مُشْكِلًا
وَكَذَلِكَ لو اخْتَلَفَا في سَيْفٍ مَطْبُوعٍ وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ طُبِعَ في مِلْكِهِ
يَرْجِعُ في هذا إلَى أَهْلِ الْعِلْمِ بِذَلِكَ
وَلَوْ اخْتَلَفَا في جَارِيَةٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّ أُمَّهَا أَمَتُهُ وَأَنَّهَا وَلَدَتْ
هذه في مِلْكِهِ يُقْضَى بِالْجَارِيَةِ وَبِأُمِّهَا لِلْخَارِجِ لِأَنَّ هذا ليس دَعْوَى النِّتَاجِ
بَلْ هو دَعْوَى الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ وهو مِلْكُ الْأُمِّ وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ في الْمِلْكِ
الْمُطْلَقِ فَيُقْضَى بِالْأُمِّ لِلْخَارِجِ ثُمَّ يُمْلَكُ الْوَلَدُ بِمِلْكِ الْأُمِّ وَكَذَلِكَ لو اخْتَلَفَا في
الشَّاةِ مع الصُّوفِ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّ هذه الشَّاةَ مَمْلُوكَةٌ له وَأَنَّ
هذا صُوفُ هذه الشَّاةِ يُقْضَى بِالشَّاةِ وَالصُّوفِ لِلْخَارِجِ لِمَا قُلْنَا
شَاتَانِ إحْدَاهُمَا بَيْضَاءُ وَالْأُخْرَى سَوْدَاءُ وَهُمَا في يَدِ رَجُلٍ فَأَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ
على أَنَّ الشَّاةَ الْبَيْضَاءَ شَاتُه وَلَدَتْهَا السَّوْدَاءُ في مِلْكِهِ وَأَقَامَ صَاحِبُ الْيَدِ
الْبَيِّنَةَ على أَنَّ السَّوْدَاءَ شَاتُه وَلَدَتْهَا الْبَيْضَاءُ في مِلْكِهِ يُقْضَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
بِالشَّاةِ التي شَهِدَتْ شُهُودُهُ إنها وُلِدَتْ في مِلْكِهِ فَيُقْضَى لِلْخَارِجِ بِالْبَيْضَاءِ
وَلِصَاحِبِ الْيَدِ بِالسَّوْدَاءِ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ قَامَتْ على النِّتَاجِ في الْبَيْضَاءِ وَبَيِّنَةُ
ذِي الْيَدِ قَامَتْ فيها على مِلْكٍ مُطْلَقٍ فَبَيِّنَةُ النِّتَاجِ أَوْلَى
كَذَا بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ قَامَتْ على النِّتَاجِ في السَّوْدَاءِ وَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ فيها قَامَتْ على
مِلْكٍ مُطْلَقٍ فَبَيِّنَةُ النِّتَاجِ أَوْلَى
وَلَوْ اخْتَلَفَا في اللَّبَنِ الذي صُنِعَ منه الْجُبْنُ فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّ
اللَّبَنَ الذي صُنِعَ منه الْجُبْنُ في مِلْكِهِ فَيُقْضَى لِلْخَارِجِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ الْقَائِمَةَ على
مِلْكِ اللَّبَنِ قَائِمَةٌ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ لَا على أَوَّلِيَّةِ الْمِلْكِ فَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوْلَى من
دَعْوَى الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ
وَلَوْ ادَّعَى عَبْدًا في يَدِ إنْسَانٍ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ من فُلَانٍ وإنه وُلِدَ في مِلْكِ الذي
اشْتَرَاهُ منه وَأَقَامَ ذُو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ من رَجُلٍ آخَرَ وَأَنَّهُ وُلِدَ في مِلْكِهِ
يُقْضَى لِصَاحِبِ الْيَدِ لِأَنَّ دَعْوَى الْوِلَادَةِ في مِلْكِ بَائِعِهِ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَى الْوِلَادَةِ
في مِلْكِهِ لِأَنَّهُ تَلَقَّى الْمِلْكَ من جِهَتِهِ وَهُنَاكَ يُقْضَى له
كَذَا هذا
وَكَذَلِكَ لو ادَّعَى مِيرَاثًا أو هِبَةً أو صَدَقَةً أو وَصِيَّةً وإنه وُلِدَ في مِلْكِ الْمُوَرِّثِ
وَالْوَاهِبِ وَالْمُوصِي فإنه يُقْضَى لِصَاحِبِ الْيَدِ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ ادَّعَى الْخَارِجُ مع ذِي الْيَدِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا النِّتَاجَ فَقَضَى لِصَاحِبِ الْيَدِ ثُمَّ
جاء رَجُلٌ وَادَّعَى النِّتَاجَ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عليه يُقْضَى له إلَّا أَنْ يُعِيدَ صَاحِبُ الْيَدِ
الْبَيِّنَةَ على النِّتَاجِ فَيَكُونُ هو أَوْلَى لِأَنَّ الْقَضَاءَ على الْمُدَّعِي الْأَوَّلِ لَا يَكُونُ
قَضَاءً على الْمُدَّعِي الثَّانِي فلم يَكُنْ الثَّانِي مَقْضِيًّا عليه فَتُسْمَعُ الْبَيِّنَةَ منه
فَرَّقَ بين الْمِلْكِ وَبَيْنَ الْعِتْقِ أَنَّ الْقَضَاءَ بِالْعِتْقِ على شَخْصٍ وَاحِدٍ يَكُونُ قَضَاءً
على الناس كَافَّةً وَالْقَضَاءُ بِالْمِلْكِ على شَخْصٍ وَاحِدٍ لَا يَكُونُ قَضَاءً على غَيْرِهِ
وَإِنْ كانت بَيِّنَةُ النِّتَاجِ تُوجِبُ الْمِلْكَ بِصِفَةِ الْأَوَّلِيَّةِ وإنه لَا يَحْتَمِلُ التَّكْرَارَ كَالْعِتْقِ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْعِتْقَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَبْدَ لَا يَقْدِرُ على إبْطَالِهِ
حتى لَا يَجُوزَ اسْتِرْقَاقُ الْحُرِّ بِرِضَاهُ
وَلَوْ كان

حَقُّ الْعَبْدِ لَقَدَرَ على إبْطَالِهِ كَالرِّقِّ وإذا كان حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فَالنَّاسُ في إثْبَاتِ حُقُوقِهِ خُصُومٌ عنه بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ لِكَوْنِهِمْ عَبِيدَهُ فَكَانَ حَضْرَةُ الْوَاحِدِ كَحَضْرَةِ الْكُلِّ وَالْقَضَاءُ على الْوَاحِدِ قَضَاءٌ على الْكُلِّ لِاسْتِوَائِهِمْ في الْعُبُودِيَّةِ كَالْوَرَثَةِ لَمَّا قَامُوا مَقَامَ الْمَيِّتِ في إثْبَاتِ حُقُوقِهِ وَالدَّفْعِ عنه لِكَوْنِهِمْ خُلَفَاءَهُ فَقَامَ الْوَاحِدُ منهم مَقَامَ الْكُلِّ لِاسْتِوَائِهِمْ في الْخِلَافَةِ بِخِلَافِ الْمِلْكِ فإنه خَالِصُ حَقِّ الْعَبْدِ فَالْحَاضِرُ فيه لَا يَنْتَصِبُ خَصْمًا عن الْغَائِبِ إلَّا بِالْإِنَابَةِ حَقِيقَةً أو بِثُبُوتِ النِّيَابَةِ عنه شَرْعًا وَاتِّصَالٍ بين الْحَاضِرِ وَالْغَائِبِ فِيمَا وَقَعَ فيه الدَّعْوَى على ما عُرِفَ ولم يُوجَدْ شَيْءٌ من ذلك فَالْقَضَاءُ على غَيْرِهِ يَكُونُ قَضَاءً على الْغَائِبِ من غَيْرِ أَنْ يَكُونَ عنه خَصْمٌ حَاضِرٌ
وَهَذَا لَا يَجُوزُ
وَلَوْ شَهِدَ الشُّهُودُ أَنَّ هذه الْحِنْطَةَ من زَرْعٍ حُصِدَ من أَرْضِ هذا الرَّجُلِ لم يَكُنْ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَنْ يَأْخُذَهَا لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْبَذْرُ لِغَيْرِهِ وَمِلْكُ الزَّرْعِ يَتْبَعُ مِلك البذر لا مِلْكَ الْبَذْرِ لَا مِلْكَ الْأَرْضِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْأَرْضَ الْمَغْصُوبَةَ إذَا زَرَعَهَا الْغَاصِبُ من بَذْرِ نَفْسِهِ كانت الْحِنْطَةُ له وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّ هذه الْحِنْطَةَ من زَرْعِ هذا أو هذا التَّمْرُ من نَخْلِ هذا يُقْضَى له لِأَنَّ مِلْكَ الْحِنْطَةِ وَالتَّمْرِ يَتْبَعُ مِلْكَ الزَّرْعِ وَالنَّخْلِ
وَلَوْ قَالوا هذه الْحِنْطَةُ من زَرْعٍ كان من أَرْضِهِ لم يَقْضِ له لِأَنَّهُمْ لو شَهِدُوا أَنَّهُ حُصِدَ من أَرْضِهِ لم يَقْضِ له فَهَذَا أَوْلَى
وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّ هذا اللَّبَنَ وَهَذَا الصُّوفَ حِلَابُ شَاتِهِ وَصُوفُ شَاتِه لم يَقْضِ له لِجَوَازِ أَنْ تَكُونَ الشَّاةُ له وَحِلَابُهَا وَصُوفُهَا لِغَيْرِهِ بِأَنْ أَوْصَى بِذَلِكَ لِغَيْرِهِ هذا الذي ذَكَرنَا كُلّه في دَعْوَى الْخَارِجِ الْمِلْكَ فَأَمَّا دَعْوَى الْخَارِجَيْنِ على ذِي الْيَدِ الْمِلْكَ فَنَقُولُ لَا تَخْلُو في الْأَصْلِ من أَحَدِ وَجْهَيْنِ أما أَنْ يَدَّعِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْرَ ما يَدَّعِي الْآخَرُ وأما أَنْ يَدَّعِيَ أَكْثَرَ مِمَّا يَدَّعِي الْآخَرُ فَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْرَ ما يَدَّعِي الْآخَرُ فَهُوَ على التَّفْصِيلِ الذي ذَكَرنَا أَيْضًا وهو أَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ أما إن قَامَتَا على مِلْكٍ مُطْلَقٍ عن الْوَقْتِ وأما إن قَامَتَا على مِلْكٍ مُوَقَّتٍ وأما إن قَامَتْ إحْدَاهُمَا على مِلْكٍ مُطْلَقٍ وَالْأُخْرَى على مِلْكٍ مُوَقَّتٍ وَكُلُّ ذلك بِسَبَبٍ أو بِغَيْرِ سَبَبٍ فَإِنْ قَامَتْ الْبَيِّنَتَانِ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ من غَيْرِ سَبَبٍ فإنه يُقْضَى بِالْمُدَّعَى بَيْنَهُمَا نصفان (((نصفين))) عِنْدَ أَصْحَابِنَا
وَلِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلَانِ في قَوْلٍ تَتَهَاتَرُ الْبَيِّنَتَانِ وَيُتْرَكُ الْمُدَّعَى في يَدِ صَاحِبِ الْيَدِ وفي قَوْلٍ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَيُقْضَى لِمَنْ خَرَجَتْ له الْقُرْعَةُ مِنْهُمَا وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْعَمَلَ بِالْبَيِّنَتَيْنِ مُتَعَذِّرٌ لِتَنَافٍ بين مُوجِبِهِمَا لِاسْتِحَالَةِ كَوْنِ الْعَيْنِ الْوَاحِدَةِ مَمْلُوكَةً لِاثْنَيْنِ على الْكَمَالِ في زَمَانٍ وَاحِدٍ فَيَبْطُلَانِ جميعا إذْ ليس الْعَمَلُ بِإِحْدَاهُمَا أَوْلَى من الْعَمَلِ بِالْأُخْرَى لِاسْتِوَائِهِمَا في الْقُوَّةِ أو تُرَجَّحُ إحْدَاهُمَا بِالْقُرْعَةِ لِوُرُودِ الشَّرْعِ بِالْقُرْعَةِ في الْجُمْلَةِ
وَلَنَا أَنَّ الْبَيِّنَةَ دَلِيلٌ من أَدِلَّةِ الشَّرْعِ وَالْعَمَلُ بِالدَّلِيلَيْنِ وَاجِبٌ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ فَإِنْ أَمْكَنَ الْعَمَلُ بِهِمَا من كل وَجْهٍ يُعْمَلُ بِهِمَا من كل وَجْهٍ وَإِنْ لم يُمْكِنْ الْعَمَلُ بِهِمَا من كل وَجْهٍ يُعْمَلُ بِهِمَا من وَجْهٍ كما في سَائِرِ دَلَائِلِ الشَّرْعِ من ظَوَاهِرِ الْكِتَابِ وَالسُّنَنِ الْمَشْهُورَةِ وَأَخْبَارُ الْآحَادِ وَالْأَقْيِسَةِ الشَّرْعِيَّةِ إذَا تَعَارَضَتْ وَهُنَا إنْ تَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِالْبَيِّنَتَيْنِ بِإِظْهَارِ الْمِلْكِ في كل الْمَحِلِّ أَمْكَنَ الْعَمَلُ بِهِمَا بِإِظْهَارِ الْمِلْكِ في النِّصْفِ فَيُقْضَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالنِّصْفِ
وَلَوْ قَامَتَا على مِلْكٍ مُوَقَّتٍ من غَيْرِ سَبَبٍ فَإِنْ اسْتَوَى الْوَقْتَانِ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ لِأَنَّهُ إذَا لم يَثْبُتْ سَبْقُ أَحَدِهِمَا بِحُكْمِ التَّعَارُضِ سَقَطَ التَّارِيخُ وَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ فَبَقِيَ دَعْوَى الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ وَإِنْ كان وَقْتُ أَحَدِهِمَا أَسْبَقَ من الْآخَرِ فَالْأَسْبَقُ أَوْلَى بِالْإِجْمَاعِ وَلَا يَجِيءُ هُنَا خِلَافُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ من الْخَارِجِ

مَسْمُوعَةٌ بِلَا خِلَافٍ وَالْبَيِّنَتَانِ قَامَتَا من الْخَارِجَيْنِ فَكَانَتَا مَسْمُوعَتَيْنِ ثُمَّ تَرَجَّحَ إحْدَاهُمَا بِالتَّارِيخِ لِأَنَّهَا أَثْبَتَتْ الْمِلْكَ في وَقْتٍ لَا تُعَارِضُهَا فيه الْأُخْرَى فَيُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إلَيْهِ إلَى أَنْ يَقُومَ الدَّلِيلُ على أَنَّهُ بِأَيِّ طَرِيقٍ انْتَقَلَ إلَيْهِ الْمِلْكُ
وَإِنْ أَرَّخَتْ إحْدَاهُمَا وَأَطْلَقَتْ الْأُخْرَى من غَيْرِ سَبَبٍ يُقْضَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَلَا عِبْرَةَ لِلتَّارِيخِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يُقْضَى لِصَاحِبِ الْوَقْتِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يُقْضَى لِصَاحِبِ الْإِطْلَاقِ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْبَيِّنَةَ الْقَائِمَةَ على الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ أَقْوَى لِأَنَّ الْمِلْكَ الْمُطْلَقَ مِلْكِهِ من الْأَصْلِ حُكْمًا أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَظْهَرُ في الزَّوَائِدِ وَتُسْتَحَقّ بِهِ الْأَوْلَادُ وَالْأَكْسَابُ
وَهَذَا حُكْمُ ظُهُورِ الْمِلْكِ من الْأَصْلِ وَلَا يُسْتَحَقّ ذلك بِالْمِلْكِ الْمُوَقَّتِ فَكَانَتْ الْبَيِّنَةُ الْقَائِمَةُ عليه أَقْوَى فَكَانَ الْقَضَاءُ بها أَوْلَى
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ ما ذَكَرنَا أَنَّ الْبَيِّنَةَ الْمُؤَرَّخَةَ تُظْهِرُ الْمِلْكَ في زَمَانٍ لَا تُعَارِضُهَا فيه الْبَيِّنَةُ الْمُطْلَقَةُ عن التَّارِيخِ

(6/236)

بِيَقِينٍ بَلْ تَحْتَمِلُ الْمُعَارِضَةَ وَعَدَمَهَا فَلَا تَثْبُتُ الْمُعَارِضَةُ بِالشَّكِّ فَتَثْبُتُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ التَّارِيخِ بِلَا مُعَارِضٍ فَكَانَ صَاحِبُ التَّارِيخِ أَوْلَى
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ما مَرَّ أَيْضًا أَنَّ الْمِلْكَ الْمُوَقَّتَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ سَابِقًا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُتَأَخِّرًا لِاحْتِمَالِ أَنَّ صَاحِبَ الْإِطْلَاقِ لو أَرَّخَ لَكَانَ تَارِيخُهُ أَقْدَمَ يَثْبُتُ السَّبْقُ مع الِاحْتِمَالِ فَسَقَطَ اعْتِبَارُ التَّارِيخِ فَبَقِيَ دَعْوَى الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ
هذا إذَا قَامَتْ الْبَيِّنَتَانِ من الْخَارِجَيْنِ على ذِي الْيَدِ على الْمِلْكِ من غَيْرِ سَبَبٍ فَإِنْ كان ذلك بِسَبَبٍ فَنَقُولُ لَا يَخْلُو إمَّا إن ادَّعَيَا الْمِلْكَ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ من الْإِرْثِ أو الشِّرَاءِ أو النِّتَاجِ وَنَحْوِهَا وَإِمَّا إن ادَّعَيَاهُ بِسَبَبَيْنِ فَإِنْ ادَّعَيَا الْمِلْكَ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ فَإِنْ كان السَّبَبُ هو الْإِرْثَ فَإِنْ لم تُوَقَّتْ الْبَيِّنَتَانِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ لِمَا ذَكَرنَا أَنَّ الْمِلْكَ الْمَوْرُوثَ هو مِلْكُ الْمَيِّتِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَإِنَّمَا الْوَارِثُ يَخْلُفُهُ وَيَقُومُ مَقَامَهُ في مِلْكِهِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُجَهَّزُ من التَّرِكَةِ وَيُقْضَى منها دُيُونُهُ وَيُرَدُّ الْوَارِثُ بِالْعَيْبِ وَيُرَدُّ عليه فكأن الْمُوَرِّثَيْنِ حَضَرَا وَادَّعَيَا مِلْكًا مُطْلَقًا عن الْوَقْتِ
وَإِنْ وَقَّتَا وَقْتًا فَإِنْ كان وَقْتُهُمَا وَاحِدًا فَكَذَلِكَ لِمَا مَرَّ وَإِنْ كان أَحَدُ الْوَقْتَيْنِ أَسْبَقَ يُقْضَى لِمَنْ هو أَسْبَقُ وَقْتًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يُقْضَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَلَا عِبْرَةَ لِلتَّارِيخِ عِنْدَهُ في الْمِيرَاثِ لِمَا مَرَّ أَنَّ الْمَوْرُوثَ مِلْكُ الْمَيِّتِ وَالْوَارِثُ قام مَقَامَهُ فلم يَكُنْ الْمَوْتُ تَارِيخًا لِمِلْكِ الْوَارِثِ فَسَقَطَ التَّارِيخُ لِمِلْكِهِ وَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ فَبَقِيَ دَعْوَى الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ عن التَّارِيخِ فَيَسْتَوِيَانِ فيه
وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُمَا إنْ لم يُؤَرِّخَا مِلْكَ الْمَيِّتَيْنِ فَكَذَلِكَ فَأَمَّا إذَا أَرَّخَا مِلْكَ الْمَيِّتَيْنِ فَيُقْضَى لِأَسْبَقِهِمَا تَارِيخًا ذَكَره في نَوَادِرِ هِشَامٍ وأبو حَنِيفَةَ وأبو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يَقُولَانِ بَلْ الْوَارِثُ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ يُظْهِرُ الْمِلْكَ لِلْمُوَرِّثِ لَا لِنَفْسِهِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ حَضَرَ الْمُوَرِّثَانِ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً مُؤَرَّخَةً وَتَارِيخُ أَحَدِهِمَا أَسْبَقُ وَلَوْ كان كَذَلِكَ لَقُضِيَ لِأَسْبَقِهِمَا وَقْتًا لِإِثْبَاتِهِ الْمِلْكَ في وَقْتٍ لَا تُعَارِضُهُ

فيه بَيِّنَةُ الْآخَرِ كَذَا هذا
وَلَوْ وُقِّتَتْ إحْدَاهُمَا ولم تُوَقَّتْ الْأُخْرَى يُقْضَى بَيْنَهُمَا نصفان (((نصفين))) بِالْإِجْمَاعِ أَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فإن التَّارِيخَ في بَابِ الْمِيرَاث سَاقِطٌ فَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَيَصِيرُ كَأَنَّ الْمُوَرِّثَيْنِ الْخَارِجَيْنِ حَضَرَا وَادَّعَيَا مِلْكًا فَأَرَّخَهُ أَحَدُهُمَا ولم يُؤَرِّخْهُ الْآخَرُ وَهُنَاكَ كان الْمُدَّعَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ فَكَذَا هُنَا لِأَنَّهُمَا ادَّعَيَا تَلَقِّيَ الْمِلْكِ من رَجُلَيْنِ وَلَا عِبْرَةَ فيه بِالتَّارِيخِ
وَإِنْ كان السَّبَبُ هو الشِّرَاءَ فَنَقُولُ لَا تَخْلُو إمَّا أَنْ تَكُونَ الدَّارُ في يَدِ ثَالِثٍ وَإِمَّا أَنْ تَكُونَ في يَدِ أَحَدِهِمَا وَكُلُّ ذلك لَا يَخْلُو إمَّا إن ادَّعَيَا الشِّرَاءَ من وَاحِدٍ وأما إنْ ادَّعَيَاهُ من اثْنَيْنِ فَإِنْ كانت في يَدِ ثَالِثٍ وَادَّعَيَا الشِّرَاءَ من وَاحِدٍ فَإِنْ كان صَاحِبُ الْيَدِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ على الشِّرَاءِ منه بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ وَنَقَدَ الثَّمَنَ مُطْلَقًا عن التَّارِيخِ وَذِكْرِ الْقَبْضِ يُقْضَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ عِنْدَنَا وَلِلشَّافِعِيِّ فيه قَوْلَانِ في قَوْلٍ تَتَهَاتَرُ الْبَيِّنَتَانِ وفي قَوْلٍ يَقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَيُقْضَى لِمَنْ خَرَجَتْ له الْقُرْعَةُ وَهِيَ مَسْأَلَةُ التَّهَاتُرِ وقد تَقَدَّمَتْ وإذا قُضِيَ بِالدَّارِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ يَكُونُ لَهُمَا الْخِيَارُ ان شَاءَ أَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ الدَّارِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ نَقَضَ لِأَنَّ غَرَضَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من الشِّرَاءِ الْوُصُولُ إلَى جَمِيعِ الْمَبِيعِ ولم يَحْصُلْ فَأَوْجَبَ ذلك خَلَلًا في الرِّضَا فَلِذَلِكَ أُثْبِت لَهُمَا الْخِيَارُ فَإِنْ اخْتَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَخْذَ نِصْفِ الدَّارِ رَجَعَ على الْبَائِعِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ لم يُحَصَّلْ له إلَّا نِصْفُ الْمَبِيعِ وَإِنْ اخْتَارَ الرَّدَّ رَجَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ انْفَسَخَ الْبَيْعُ فَإِنْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا الرَّدَّ وَالْآخَرُ الْأَخْذَ فَإِنْ كان ذلك بَعْدَ قَضَاءِ الْقَاضِي وَتَخْيِيرِهِ إيَّاهُمَا فَلَيْسَ له أَنْ يَأْخُذَ إلَّا النِّصْفَ بِنِصْفِ الثَّمَنِ لِأَنَّ حُكْمَ الْقَاضِي بِذَلِكَ أَوْجَبَ انْفِسَاخَ الْعَقْدِ في حَقِّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا في النِّصْفِ فَلَا يَعُودُ إلَّا بِالتَّجْدِيدِ كما إذَا قَضَى الْقَاضِي بِالدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ لِلشَّفِيعَيْنِ ثُمَّ سَلَّمَ أَحَدُهُمَا الشُّفْعَةَ لَا يَكُونُ لِصَاحِبِهِ إلَّا نِصْفُ الدَّارِ فَأَمَّا إذَا اخْتَارَ أَحَدُهُمَا تَرْكَ الْخُصُومَةِ قبل تَخْيِيرِ الْقَاضِي فَلِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَ الْمَبِيعِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ كُلُّ الْبَيْعِ وَالِامْتِنَاعُ بِحُكْمِ الْمُزَاحَمَةِ فإذا انْقَطَعَتْ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ كَأَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ إذَا سَلَّمَ الشُّفْعَةَ قبل قَضَاءِ الْقَاضِي بِالدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ يُقْضَى لِصَاحِبِهِ بِالْكُلِّ
وَكَذَلِكَ إذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشِّرَاءَ من رَجُلٍ آخَرَ سِوَى صَاحِبِ الْيَدِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ على ذلك يُقْضَى بِالدَّارِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ عِنْدَنَا وَثَبَتَ الْخِيَارُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
وَالْكَلَامُ في تَوَابِعِ الْخِيَارِ على نَحْوِ ما بَيَّنَّا غيرأن هُنَاكَ الشَّهَادَةَ الْقَائِمَةَ على الشِّرَاءِ من صَاحِبِ الْيَدِ وهو الْبَائِعُ تُقْبَلُ من غَيْرِ ذِكْرِ الْمِلْكِ له وَالشَّهَادَةُ الْقَائِمَةُ على الشِّرَاءِ من غَيْرِ صَاحِبِ الْيَدِ لَا تُقْبَلُ إلَّا بِذِكْرِ الْمِلْكِ لِلْبَائِعِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ في يَدِ الْبَائِعِ

وَالْيَدُ دَلِيلُ الْمِلْكِ فوقع (((فوقعت))) الْغُنْيَةُ عن ذِكْرِهِ وفي الفضل (((الفصل))) الثَّانِي الْمَبِيعُ ليس في يَدِ الْبَائِعِ فَدَعَتْ الْحَاجَةُ إلَى ذِكْرِهِ لِصِحَّةِ الْبَيْعِ
هذا إذَا لم تُؤَرَّخْ الْبَيِّنَتَانِ فَأَمَّا إذَا أُرِّخَتَا فَإِنْ اسْتَوَى التَّارِيخَانِ فَكَذَلِكَ لِسُقُوطِ

اعْتِبَارِهِمَا بِالتَّعَارُضِ فَبَقِيَ دَعْوَى مُطْلَقِ الشِّرَاءِ وَإِنْ كانت إحْدَاهُمَا أَسْبَقَ تَارِيخًا كانت أَوْلَى بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهَا تُظْهِرُ الْمِلْكَ في وَقْتٍ لَا تُعَارِضُهَا فيه الْأُخْرَى فَتَنْدَفِعُ بها الْأُخْرَى
وَلَوْ أُرِّخَتْ إحْدَاهُمَا وَأُطْلِقَتْ الْأُخْرَى فَالْمُؤَرَّخَةُ أَوْلَى لِأَنَّهَا تُظْهِرُ الْمِلْكَ في زَمَانٍ مُعَيَّنٍ وَالْأُخْرَى لَا تَتَعَرَّضُ لِلْوَقْتِ فَتَحْتَمِلُ السَّبْقَ وَالتَّأْخِيرَ فَلَا تُعَارِضُهَا مع الشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ وَلَوْ لم تُؤَرَّخْ الْبَيِّنَتَانِ وَلَكِنْ ذَكَرَتْ إحْدَاهُمَا الْقَبْضَ فَهِيَ أَوْلَى لِأَنَّهَا لَمَّا أَثْبَتَتْ قَبْضَ الْمَبِيعِ جُعِلَ كَأَنَّ بَيْعَ صَاحِبِ الْقَبْضِ أَسْبَقُ فَيَكُونُ أَوْلَى وَكَذَلِكَ لو ذَكَرَتْ احداهما تَارِيخًا وَالْأُخْرَى قَبْضًا فَبَيِّنَةُ الْقَبْضِ أَوْلَى إلَّا أَنْ تَشْهَدَ بَيِّنَةُ التَّارِيخِ أَنَّ شِرَاءَهُ قبل شِرَاءِ الْآخَرِ فَيُقْضَى له وَيَرْجِعُ الْآخَرُ بِالثَّمَنِ على الْبَائِعِ وَكَذَا لو أَرَّخَا تَارِيخًا وَاحِدًا وَذَكَرَتْ إحْدَاهُمَا الْقَبْضَ فَبَيِّنَةُ الْقَبْضِ أَوْلَى إلَّا إذَا كان وَقْتُ الأخر أَسْبَقَ
هذا إذَا ادَّعَيَا الشِّرَاءَ من وَاحِدٍ وهو صَاحِبُ الْيَدِ أو غَيْرُهُ فَأَمَّا إذَا ادَّعَيَا الشِّرَاءَ من اثْنَيْنِ سِوَى صَاحِبِ الْيَدِ مُطْلَقًا عن الْوَقْتِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ على ذلك يُقْضَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِأَنَّهُمَا ادَّعَيَا تَلَقِّيَ الْمِلْكِ من الْبَائِعَيْنِ فَقَامَا مَقَامَهُمَا فَصَارَ كَأَنَّ الْبَائِعَيْنِ الْخَارِجَيْنِ حَضَرَا وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ وَلَوْ كان كذلك
((كذاك)) يُقْضَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ كَذَا هذا وَيَثْبُتُ لَهُمَا الْخِيَارُ وَالْكَلَامُ في الْخِيَارِ على نَحْوِ ما ذَكَرنَا
وَلَوْ وَقَّتَتْ الْبَيِّنَتَانِ فَإِنْ كان وَقْتُهُمَا وَاحِدًا فَكَذَلِكَ وَإِنْ كان أَحَدُهُمَا أَسْبَقَ من الأخر فَالْأَسْبَقُ تَارِيخًا أَوْلَى عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَكَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ في رِوَايَةِ الْأُصُولِ بِخِلَافِ الْمِيرَاثِ أَنَّهُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ عِنْدَهُ وَوَجْهُ الْفَرْقِ له ذَكَرَهُ الدَّارِيِّ وهو أَنَّ الْمُشْتَرِيَ يُثْبِتُ الْمِلْكَ لِنَفْسِهِ وَالْوَارِثُ يُثْبِتُ الْمِلْكَ لِلْمَيِّتِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ في الْإِمْلَاءِ أَنَّهُ سَوَّى بين الْمِيرَاثِ وَالشِّرَاءِ وقال لَا عِبْرَةَ بِالتَّارِيخِ في الشِّرَاءِ أَيْضًا إلَّا أَنْ يُؤَرِّخَا مِلْكَ الْبَائِعَيْنِ وَإِنْ وُقِّتَتْ إحْدَاهُمَا ولم تُوَقَّتْ الْأُخْرَى يُقْضَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَلَا عِبْرَةَ لِلتَّارِيخِ أَيْضًا
فَرَّقَ بين هذا وَبَيْنَ ما إذَا ادَّعَيَا الشِّرَاءَ من رَجُلٍ وَاحِدٍ فَوُقِّتَتْ بَيِّنَةُ أَحَدِهِمَا وَأُطْلِقَتْ الْأُخْرَى أَنَّ بَيِّنَةَ الْوَقْتِ أَوْلَى
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّهُمَا إذَا ادَّعَيَا الشِّرَاءَ من اثْنَيْنِ فَقَدْ ادَّعَيَا تَلَقِّيَ الْمِلْكِ من الْبَائِعَيْنِ فَتَارِيخُ إحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ لَا يَدُلُّ على سَبْقِ أَحَدِ الشراءين بَلْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شِرَاءُ صَاحِبِهِ أَسْبَقَ من شِرَائِهِ فَلَا يُحْكَمُ بِسَبْقِ أَحَدِهِمَا مع الِاحْتِمَالِ فَيُقْسَمُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ بِخِلَافِ ما إذَا ادَّعَيَا الشِّرَاءَ من وَاحِدٍ لِأَنَّ هُنَاكَ اتَّفَقَا على تَلَقِّي الْمِلْكِ من وَاحِدٍ فَتَارِيخُ إحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ أَوْجَبَ تَلَقِّيَ الْمِلْكِ منه في زَمَانٍ لَا يُنَازِعُهُ فيه أَحَدٌ فَيُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إلَيْهِ حتى يَقُومَ على التَّلَقِّي منه دَلِيلٌ آخَرُ
هذا إذَا كانت الدَّارُ في يَدِ ثَالِثٍ فَإِنْ كانت في يَدِ أَحَدِهِمَا فَإِنْ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ من وَاحِدٍ فَصَاحِبُ الْيَدِ أَوْلَى سَوَاءٌ أَرَّخَ الْآخَرُ أو لم يُؤَرِّخْ وَسَوَاءٌ ذَكَر شُهُودَ الْقَبْضِ أو لم يذكر لِأَنَّ الْقَبْضَ من صَاحِبِ الْيَدِ أَقْوَى لِثُبُوتِهِ حِسًّا وَمُشَاهَدَةً وَقَبْضُ الْآخَرِ لم يَثْبُتْ إلَّا بِبَيِّنَةٍ تَحْتَمِلُ الصِّدْقَ وَالْكَذِبَ فَكَانَ الْقَبْضُ الْمَحْسُوسُ أَوْلَى فَصَارَ الْحَاصِلُ أَنَّ الْقَبْضَ الثَّابِتَ بِالْحِسِّ أَوْلَى من الثَّابِتِ بِالْخَبَرِ وَمِنْ التَّارِيخِ أَيْضًا وَالْقَبْضُ الثَّابِتُ بِالْخَبَرِ أَوْلَى من التَّارِيخِ
وَإِنْ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ من اثْنَيْنِ يُقْضَى لِلْخَارِجِ سَوَاءٌ وُقِّتَتْ البينات ((البينتان)) أو لَا أو وُقِّتَتْ احداهما دُونَ الْأُخْرَى إلَّا إذَا وُقِّتَتَا وَوَقْتُ صَاحِبِ الْيَدِ أَسْبَقُ لِأَنَّهُمَا ادَّعَيَا تَلَقِّيَ الْمِلْكِ من الْبَائِعَيْنِ فَقَامَا مَقَامَ الْبَائِعَيْنِ فَصَارَ كَأَنَّ الْبَائِعَيْنِ حَضَرَا وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ
وَلَوْ كان كَذَلِكَ يُقْضَى لِلْخَارِجِ

كَذَا هذا
بِخِلَافِ ما إذَا كان الْبَائِعُ وَاحِدًا لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا علي أَنَّ الْمِلْكَ لَهُمَا بِالشِّرَاءِ من جِهَتِهِ وَلِأَحَدِهِمَا يَدٌ فَيُجْعَلُ كَأَنَّ شِرَاءَ صَاحِبِ الْيَدِ أَسْبَقُ
وَإِنْ كان السَّبَبُ هو النِّتَاجَ بِأَنْ ادعي كُلُّ وَاحِدٍ من الْخَارِجَيْنِ أنها دَابَّتُهُ نَتَجَتْ عِنْدَهُ فَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ يُقْضَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِاسْتِوَاءِ الْحُجَّتَيْنِ وَتَعَذُّرِ الْعَمَلِ بِهِمَا بِإِظْهَارِ الْمِلْكِ في كل الْمَحَلِّ فَلْيُعْمَلْ بِهِمَا بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ
وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ على مِلْكٍ مؤقت فَإِنْ اتَّفَقَ الْوَقْتَانِ فَكَذَلِكَ
وَإِنْ اخْتَلَفَا يُحَكَّمُ سِنُّ الدَّابَّةِ إنْ عُلِمَ وَإِنْ أَشْكَلَ فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ يُقْضَى لِأَسْبَقِهِمَا وَقْتًا
وَعِنْدَهُمَا يُقْضَى بَيْنَهُمَا
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ السِّنَّ إذَا أَشْكَلَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُوَافِقًا لِوَقْتِ هذا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُوَافِقًا لِوَقْتِ ذَاكَ فَسَقَطَ اعْتِبَارُ الْوَقْتِ وَصَارَ كَأَنَّهُمَا سَكَتَا عن الْوَقْتِ أَصْلًا
وَجْهُ قَوْلِ أبي

حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ وُقُوعَ الْإِشْكَالِ في السِّنِّ يُوجِبُ سُقُوطَ اعْتِبَارِ حُكْمِ السَّبْقِ فَبَطَل تَحْكِيمُهُ فَبَقِيَ الْحُكْمُ لِلْوَقْتِ فَالْأَسْبَقُ أَوْلَى
وَهَذَا يُشْكِلُ بِالْخَارِجِ مع ذِي الْيَدِ
وَإِنْ خَالَفَ الْوَقْتَيْنِ جميعا فَهُوَ على ما ذَكَرْنَا في الْخَارِجِ مع ذِي الْيَدِ
وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ على النِّتَاجِ وَالْآخَرُ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ فَبَيِّنَةُ النِّتَاجِ أَوْلَى لِمَا مَرَّ
هذا إذَا ادَّعَى الْخَارِجَانِ الْمِلْكَ من وَاحِدٍ أو اثْنَيْنِ بِسَبَبَيْنِ مُتَّفِقَيْنِ من الْمِيرَاثِ وَالشِّرَاءِ وَالنِّتَاجِ
فَإِنْ كان بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ فَنَقُولُ لَا يَخْلُو إمَّا إن كان من اثْنَيْنِ وَإِمَّا إن كان من وَاحِدٍ
فَإِنْ كان من اثْنَيْنِ يَعْمَلُ بِكُلِّ وَاحِدٍ من السَّبَبَيْنِ بِأَنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَى هذه الدَّابَّةَ من فُلَانٍ وَادَّعَى الْآخَرُ أَنَّ فُلَانًا آخَرَ وَهَبَهَا له وَقَبَضَهَا منه قُضِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِأَنَّهُمَا ادَّعَيَا تَلَقِّيَ الْمِلْكِ من الْبَائِعِ وَالْوَاهِبِ فَقَامَا مَقَامَهُمَا كَأَنَّهُمَا حَضَرَا وَادَّعَيَا وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ على مِلْكٍ مُرْسَلٍ
وَكَذَا لو ادَّعَى ثَالِثٌ مِيرَاثًا عن أبيه فإنه يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا وَلَوْ ادَّعَى رَابِعٌ وَصَدَّقَهُ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا لِمَا قُلْنَا
وَإِنْ كان ذلك من وَاحِدٍ يُنْظَرُ إلَى السَّبَبَيْنِ فَإِنْ كان أَحَدُهُمَا أَقْوَى يُعْمَلُ بِهِ لِأَنَّ الْعَمَلَ بِالرَّاجِحِ وَاجِبٌ
وَإِنْ اسْتَوَيَا في الْقُوَّةِ يُعْمَلُ بِهِمَا بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ على ما هو سَبِيلُ دَلَائِلِ الشَّرْعِ

بَيَانُ ذلك إذَا أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَى هذه الدَّارَ من فُلَانٍ وَنَقَدَهُ الثَّمَنَ وَقَبَضَ الدَّارَ وَأَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ أَنَّ فُلَانًا ذَاكَ وَهَبَهَا له وَقَبَضَهَا يُقْضَى لِصَاحِبِ الشِّرَاءِ لِأَنَّهُ يُفِيدُ الْحُكْمَ بِنَفْسِهِ وَالْهِبَةُ لَا تُفِيدُ الْحُكْمَ إلَّا بِالْقَبْضِ فَكَانَ الشِّرَاءُ

أَوْلَى
وَكَذَلِكَ الشِّرَاءُ مع الصَّدَقَةِ وَالْقَبْضِ لِمَا قُلْنَا
وَكَذَلِكَ الشِّرَاءُ مع الرَّهْنِ وَالْقَبْضِ لِأَنَّ الشِّرَاءَ يُفِيدُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ وَالرَّهْنُ يُفِيدُ مِلْكَ الْيَدِ وَمِلْكُ الرَّقَبَةِ أَقْوَى
وَلَوْ اجْتَمَعَتْ الْبَيِّنَتَانِ مع الْقَبْضِ يقضي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِاسْتِوَاءِ السَّبَبَيْنِ وَقِيلَ هذا فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ كَالدَّابَّةِ وَالْعَبْدِ وَنَحْوِهِمَا
فَأَمَّا فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ كَالدَّارِ وَنَحْوِهَا فَلَا يُقْضَى لَهُمَا بِشَيْءٍ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْهِبَةِ من رَجُلَيْنِ لِحُصُولِ مَعْنَى الشُّيُوعِ
وَقِيلَ لَا فَرْقَ بين ما يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَبَيْنَ ما لَا يَحْتَمِلُهَا هُنَا لِأَنَّ هذا في مَعْنَى الشُّيُوعِ الطارىء لِقِيَامِ الْبَيِّنَةِ على الْكُلِّ وَأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الْجَوَازَ
وَكَذَلِكَ لو اجْتَمَعَتْ الصَّدَقَةُ مع الْقَبْضِ أو الْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ مع الْقَبْضِ يُقْضَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِاسْتِوَاءِ السَّبَبَيْنِ لَكِنَّ هذا إذَا لم يَكُنْ الْمُدَّعَى في يَدِ أَحَدِهِمَا فَإِنْ كان يُقْضَى لِصَاحِبِ الْيَدِ بَازجماع (((بالإجماع))) لِمَا مَرَّ وَلَوْ اجْتَمَعَ الرَّهْنُ وَالْهِبَةُ أو الرَّهْنُ وَالصَّدَقَةُ فَالْقِيَاسُ أَنْ تَكُونَ الْهِبَةُ أَوْلَى وَكَذَا الصَّدَقَةُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُفِيدُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ وَالرَّهْنُ يُفِيدُ مِلْكَ الْيَدِ وَالْحَبْسَ وَمِلْكُ الرَّقَبَةِ أَقْوَى وفي الِاسْتِحْسَانِ الرَّهْنُ أَوْلَى لِأَنَّ الْمَرْهُونَ عِنْدَنَا مَضْمُونٌ بِقَدْرِ الدَّيْنِ فَأَمَّا الْمَوْهُوبُ فَلَيْسَ بِمَضْمُونٍ أَصْلًا فَكَانَ الرَّهْنُ أَقْوَى وَلَوْ اجْتَمَعَ النِّكَاحَانِ بِأَنْ ادَّعَتْ امْرَأَتَانِ وَأَقَامَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ على أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عليه يُقْضَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِاسْتِوَاءِ السَّبَبَيْنِ
وَلَوْ اجْتَمَعَ النِّكَاحُ مع الْهِبَةِ أو الصَّدَقَةِ أو الرَّهْنِ فَالنِّكَاحُ أَوْلَى لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُفِيدُ الْحُكْمَ بِنَفْسِهِ فَكَانَ أَقْوَى
وَلَوْ اجْتَمَعَ الشِّرَاءُ وَالنِّكَاحُ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَلِلْمَرْأَةِ نِصْفُ نِصْفِ الْقِيمَةِ على الزَّوْجِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الشِّرَاءُ أَوْلَى وَلِلْمَرْأَةِ الْقِيمَةُ على الزَّوْجِ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الشِّرَاءَ أَقْوَى من النِّكَاحِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ بِدُونِ تَسْمِيَةِ الثَّمَنِ وَيَصِحُّ النِّكَاحُ بِدُونِ تَسْمِيَةِ الْمَهْرِ وَكَذَا لَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ بِدُونِ الْمِلْكِ في الْبَيْعِ وَتَصِحُّ في بَابِ النِّكَاحِ كما لو تَزَوَّجَ على جَارِيَةِ غَيْرِهِ دَلَّ إن الشِّرَاءَ أَقْوَى من النِّكَاحِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ إن النِّكَاحَ مِثْلُ الشِّرَاءِ فإن كان (((كل))) وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُعَاوَضَةٌ يُفِيدُ الْحُكْمَ بِنَفْسِهِ هذا إذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْرَ ما يَدَّعِي الْآخَرُ فَأَمَّا إذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا أَكْثَرَ مِمَّا يَدَّعِي الْآخَرُ بِأَنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا كُلَّ الدَّارِ وَالْآخَرُ نِصْفَهَا وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ على ذلك فإنه يُقْضَى لِمُدَّعِي الْكُلِّ بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الدَّارِ وَلِمُدَّعِي النِّصْفِ بِرُبْعِهَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يُقْضَى لِمُدَّعِي الْكُلِّ بِثُلُثَيْ الدَّارِ وَلِمُدَّعِي النِّصْفِ بِثُلُثِهَا وَإِنَّمَا اخْتَلَفَ جَوَابُهُمْ لِاخْتِلَافِهِمْ في طَرِيقِ الْقِسْمَةِ فَتُقْسَمُ عِنْدَهُ بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ وَهُمَا قَسَّمَا بِطَرِيقِ الْعَدْلِ وَالْمُضَارَبَةِ وَتَفْسِيرُ الْقِسْمَةِ بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ أَنْ يَنْظُرَ إلَى الْقَدْرِ الذي وَقَعَ التَّنَازُعُ فيه فَيُجْعَلُ الْجُزْءُ الذي خَلَا عن الْمُنَازَعَةِ سَالِمًا لِمُدَّعِيهِ
وَتَفْسِيرُ الْقِسْمَةِ على طَرِيقِ الْعَدْلِ وَالْمُضَارَبَةِ أَنْ تُجْمَعَ السِّهَامُ كُلُّهَا في الْعَيْنِ فَتُقَسَّمُ بين الْكُلِّ بِالْحِصَصِ فَيَضْرِبُ كُلٌّ بِسَهْمِهِ كما في الْمِيرَاثِ وَالدُّيُونِ الْمُشْتَرَكَةِ الْمُتَزَاحِمَةِ وَالْوَصَايَا فلما كانت الْقِسْمَةُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ على طَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ تَجِبُ مُرَاعَاةُ مَحَلِّ النِّزَاعِ فَهُنَا يَدَّعِي أَحَدُهُمَا

كُلَّ الدَّارِ وَالْآخَرُ لَا يُنَازِعُهُ إلَّا في النِّصْفِ فَبَقِيَ النِّصْفُ الْآخَرُ خَالِيًا عن الْمُنَازَعَةِ فَيُسَلَّمُ لِمُدَّعِي الْكُلِّ لِأَنَّهُ يَدَّعِي شيئا لَا يُنَازِعُهُ فيه غَيْرُهُ وَمَنْ ادَّعَى شيئا لَا يُنَازِعُهُ فيه غَيْرُهُ يُسَلَّمُ له وَالنِّصْفُ الْآخَرُ اسْتَوَتْ فيه مُنَازَعَتُهُمَا فيقضى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ فَكَانَتْ الْقِسْمَةُ أَرْبَاعًا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدَّارِ لِمُدَّعِي الْكُلِّ وَرُبْعُهَا لِمُدَّعِي النِّصْفِ وَلَمَّا كانت الْقِسْمَةُ عِنْدَهُمَا على طَرِيقِ الْمُضَارَبَةِ يُقْسَمُ الثَّمَنُ على مَبْلَغِ السِّهَامِ فَيَضْرِبُ كُلُّ وَاحِدٍ بِسَهْمِهِ فَهُنَا أَحَدُهُمَا يَدَّعِي كُلَّ الدَّارِ وَالْآخَرُ يَدَّعِي نِصْفَهَا فَيُجْعَلُ أَخَسُّهُمَا سَهْمًا فَجُعِلَ نِصْفُ الدَّارِ بَيْنَهُمَا وإذا جُعِلَ نِصْفُ الدَّارِ بَيْنَهُمَا صَارَ الْكُلُّ سَهْمَيْنِ فَمُدَّعِي الْكُلِّ يَدَّعِي سَهْمَيْنِ وَمُدَّعِي النِّصْفِ يَدَّعِي سَهْمًا وَاحِدًا فَيُعْطَى هذا سَهْمًا وَذَاكَ سَهْمَيْنِ فَكَانَتْ الدَّارُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ثُلُثَاهَا لِمُدَّعِي الْكُلِّ وَثُلُثُهَا لِمُدَّعِي النِّصْفِ وَالصَّحِيحُ قِسْمَةُ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إلَى الْقِسْمَةِ لِضَرُورَةِ الدَّعْوَى وَالْمُنَازَعَةِ وَوُقُوعِ التَّعَارُضِ في الْحُجَّةِ وَلَا مُنَازَعَةَ لِمُدَّعِي الْكُلِّ إلَّا في النِّصْفِ فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّعَارُضُ إلَّا فيه فَيُسَلَّمُ له ما وَرَاءَهُ لِقِيَامِ الْحُجَّةِ عليه وَخُلُوِّهَا عن الْمُعَارِضِ فَكَانَ ما قَالَهُ أبو حَنِيفَةَ عَمَلًا بِالدَّلِيلِ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ وَأَنَّهُ وَاجِبٌ هذا إذَا كانت الدَّارُ في يَدِ ثَالِثٍ فَإِنْ كانت في أَيْدِيهِمَا فَبَيِّنَةُ مُدَّعِي الْكُلِّ أَوْلَى لِأَنَّهُ خَارِجٌ لِأَنَّهُ يَدَّعِي على صَاحِبِهِ النِّصْفَ الذي في يَدِهِ وَمُدَّعِي النِّصْفِ لَا يَدَّعِي شيئا هو في يَدِ صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِي إلَّا النِّصْفَ وَالنِّصْفُ في يَدِهِ فَكَانَ مُدَّعِي الْكُلِّ خَارِجًا وَمُدَّعِي النِّصْفِ صَاحِبَ يَدٍ فَكَانَتْ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوْلَى فَيُقْضَى له بِالنِّصْفِ الذي في يَدِ صَاحِبِهِ وَيُتْرَكُ النِّصْفُ الذي في يَدِهِ على حَالِهِ هذا إذَا ادَّعَى الْخَارِجَانِ شيئا في يَدِ ثَالِثٍ فَأَنْكَرَ الذي في يَده فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ

فَإِنْ لم يُقِمْ لَهُمَا بَيِّنَةً وَطَلَبَا يمين (((بيمين))) الْمُنْكِرِ يَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَإِنْ نَكَلَ لَهُمَا جميعا يُقْضَى لَهُمَا بِالنُّكُولِ لِأَنَّ النُّكُولَ حُجَّةٌ عِنْدَنَا

فَإِنْ حَلَفَ لِأَحَدِهِمَا وَنَكَلَ لِلْآخَرِ يُقْضَى لِلَّذِي نَكَلَ لِوُجُودِ الْحُجَّة في حَقِّهِ

وَإِنْ حَلَفَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُتْرَكُ الْمُدَّعَى في يَدِهِ قَضَاءَ تَرْكٍ لَا قَضَاءَ اسْتِحْقَاقٍ حتى لو قَامَتْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ بَعْدَ ذلك تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُمَا وَيُقْضَى لَهُمَا بِخِلَافِ ما إذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ وَقُضِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ثُمَّ أَقَامَ صَاحِبُ الْيَدِ الْبَيِّنَةَ على أَنَّهُ مِلْكُهُ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ

وَكَذَا إذَا أَقَامَ أَحَدُ المدعين (((المدعيين))) الْبَيِّنَةَ على النِّصْفِ الذي اسْتَحَقَّهُ صَاحِبُهُ بعدما قُضِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ بِالتَّرْكِ في يَدِ المدعي عليه لم يَكُنْ كُلُّ وَاحِدٍ من الْمُدَّعِيَيْنِ مَقْضِيًّا عليه حَقِيقَةً فَتُسْمَعُ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةُ

فَأَمَّا صَاحِبُ الْيَدِ فَقَدْ صَارَ مَقْضِيًّا عليه حَقِيقَةً وَكَذَا كُلُّ وَاحِدٍ من الْمُدَّعِيَيْنِ بعدما قضى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ صَارَ مَقْضِيًّا عليه في النِّصْفِ وَالْبَيِّنَةُ من الْمَقْضِيِّ عليه غَيْرُ مَسْمُوعَةٍ إلَّا إذَا ادَّعَى التَّلَقِّيَ من جِهَةِ الْمُسْتَحِقِّ أو ادَّعَى النِّتَاجَ وَكَذَا لو ادَّعَى بَائِعُ الْمَقْضِيِّ عليه أو بَائِعُ بَائِعِهِ هَكَذَا وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ وَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّ الْقَضَاءَ عليه قَضَاءٌ على الْبَاعَةِ كُلِّهِمْ في حَقِّ بُطْلَانِ الدَّعْوَى إنْ لم يَكُنْ قَضَاءً عليهم في حَقِّ وِلَايَةِ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ إلَّا إذَا قَضَى الْقَاضِي لِهَذَا الْمُشْتَرِي بِالرُّجُوعِ على بَائِعِهِ بِالثَّمَنِ فَيَرْجِعُ هذا الْبَائِعُ على بَائِعِهِ أَيْضًا هَكَذَا فَرَّقَ بين هذا وَبَيْنَ الْحُرِّيَّةِ والأصلية (((الأصلية))) أَنَّ الْقَضَاءَ بِالْحُرِّيَّةِ قَضَاءٌ على الناس كُلِّهِمْ في حَقِّ بُطْلَانِ الدَّعْوَى وَثُبُوتِ وِلَايَةِ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ على الْبَاعَةِ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ بين الْمِلْكِ وَالْعِتْقِ على نَحْوِ ما ذَكَرنَا من قَبْلِ هذا إذَا أَنْكَرَ الذي

في يَدِهِ فَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِأَحَدِهِمَا فَنَقُولُ هذا لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا إن كان قبل إقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَإِمَّا ان كان بَعْدَ إقَامَةِ الْبَيِّنَةِ فَإِنْ أَقَرَّ قبل إقَامَةِ الْبَيِّنَةِ جَازَ إقْرَارُهُ وَدَفَعَ إلَى الْمُقِرِّ له لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ في يَدِهِ وَمِلْكِهِ من حَيْثُ الظَّاهِرُ فَيَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيه بِالْإِقْرَارِ وَغَيْرِهِ

وَإِنْ أَقَرَّ بَعْدَ إقَامَةِ الْبَيِّنَةِ قبل التَّزْكِيَةِ لم يَجُزْ إقْرَارُهُ لِأَنَّهُ تَضَمُّن إبْطَالَ حَقِّ الْغَيْرِ وهو الْبَيِّنَةُ فَكَانَ إقْرَارًا على غَيْرِهِ فَلَا يَصِحُّ في حَقِّ ذلك الْغَيْرِ وَلَكِنْ يُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إلَى الْمَقَرِّ له لِأَنَّ إقْرَارَهُ في حَقِّ نَفْسِهِ صَحِيحٌ

وَكَذَا الْبَيِّنَةُ قد لَا تَتَّصِلُ بها التَّزْكِيَةُ فَيُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إلَى الْمَقَرِّ له في الْحَالِ فإذا زُكِّيَتْ الْبَيِّنَتَانِ يُقْضَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمُدَّعَى كان بنيهما (((بينهما))) نِصْفَيْنِ فَظَهَرَ إن إقرار (((إقراره))) كان إبْطَالًا لِحَقِّ الْغَيْرِ فلم يَصِحَّ فَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ

وَإِنْ أَقَرَّ بَعْدَ إقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَبَعْدَ التَّزْكِيَةِ يُقْضَى بَيْنَهُمَا لِمَا قُلْنَا إنَّ إقْرَارَهُ لم يَصِحَّ فَكَانَ مُلْحَقًا بِالْعَدَمِ هذا كُلُّهُ إذَا كانت الدَّعْوَى من الْخَارِجِ على ذِي الْيَدِ أو من الْخَارِجَيْنِ على ذِي الْيَدِ فَأَمَّا إذَا كانت من صاحب (((صاحبي))) ليد (((اليد))) أَحَدُهُمَا على الْآخَرِ بِأَنْ كان الْمُدَّعَى في أَيْدِيهِمَا فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ يُقْضَى له بِالنِّصْفِ الذي في يَدِ صَاحِبِهِ وَالنِّصْفُ الذي كان في يَدِهِ تُرِكَ في يَدِهِ وهو مَعْنَى قَضَاءِ التَّرْكِ

وَلَوْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ له يُقْضَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالنِّصْفِ الذي في يَدِ صَاحِبِهِ ولِأَن كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا في ذلك النِّصْفِ خَارِجٌ وَلَوْ لم تَقُمْ لاحدهما بَيِّنَةٌ يُتْرَكُ في أَيْدِيهِمَا قَضَاءَ تَرْكٍ حتى لو قَامَتْ لاحدهما بَعْدَ ذلك بَيِّنَةٌ تُقْبَلُ لِأَنَّهُ لم يَصِرْ مَقْضِيًّا عليه حَقِيقَةً

هذا إذَا لم تُوَقَّتْ الْبَيِّنَتَانِ فَإِنْ وُقِّتَا فَإِنْ اتَّفَقَ الْوَقْتَانِ فَكَذَلِكَ وَإِنْ اخْتَلَفَا فَالْأَسْبَقُ أَوْلَى عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ

وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَلَا عِبْرَةَ لِلْوَقْتِ في بَيِّنَةِ صَاحِبِ الْيَدِ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَإِنْ وَقَّتَ إحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى يَكُونُ بَيْنَهُمَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَالْوَقْتُ سَاقِطٌ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ هو لِصَاحِبِ الْوَقْتِ وقد مَرَّتْ الْحُجَجُ قبل هذا وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا حُكْمُ تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ الْقَائِمَتَيْنِ على قَدْرِ الْمِلْكِ فَالْأَصْلُ فيه أَنَّ الْبَيِّنَةَ الْمُظْهِرَةَ لِلزِّيَادَةِ أَوْلَى كما إذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ في قَدْرِ الثَّمَنِ فقال الْبَائِعُ بِعْتُك هذا الْعَبْدَ بِأَلفَيْ دِرْهَمٍ

وقال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْته مِنْك بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ فإنه يُقْضَى بِبَيِّنَةِ الْبَائِعِ لِأَنَّهَا تُظْهِرُ زِيَادَةَ أَلْفٍ وَكَذَا لو اخْتَلَفَا في قَدْرِ الْمَبِيعِ فقال الْبَائِعُ بِعْتُك هذا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ وقال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْت مِنْك هذا الْعَبْدَ وَهَذِهِ الْجَارِيَةَ بِأَلْفٍ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ يُقْضَى بِبَيِّنَةِ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهَا تُظْهِرُ زِيَادَةً

وَكَذَا لو اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ في قَدْرِ الْمَهْرِ فقال الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُك على أَلْفٍ وَقَالَتْ الْمَرْأَةُ على أَلْفَيْنِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ يُقْضَى بِبَيِّنَةِ الْمَرْأَةِ لِأَنَّهَا تُظْهِرُ فَضْلًا ثُمَّ انما كانت بَيِّنَةُ الزِّيَادَةِ أَوْلَى لِأَنَّهُ لَا مُعَارِضَ لها في قَدْرِ الزِّيَادَةِ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بها

في ذلك الْقَدْرِ لِخُلُوِّهَا عن الْمُعَارِضِ وَلَا يُمْكِنُ إلَّا بِالْعَمَلِ في الْبَاقِي فَيَجِبُ الْعَمَلُ بها في الْبَاقِي ضَرُورَةَ وُجُوبِ الْعَمَلِ بها في الزِّيَادَةِ وَلَا يَلْزَمُ على هذا الْأَصْلِ ما إذَا اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي في قَدْرِ ثَمَنِ الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ فقال الشَّفِيعُ اشْتَرَيْتهَا بِأَلْفٍ

وقال الْمُشْتَرِي بِأَلْفَيْنِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ يُقْضَى بِبَيِّنَةِ الشَّفِيعِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَإِنْ كانت بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي تُظْهِرُ الزِّيَادَةَ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ إنَّمَا تُقْبَلُ من الْمُدَّعِي لِأَنَّهَا جُعِلَتْ حُجَّةَ الْمُدَّعِي في الْأَصْلِ وَالْمُدَّعِي هُنَاكَ هو الشَّفِيعُ لِوُجُودِ حَدِّ الْمُدَّعِي فيه وهو أَنْ يَكُونَ مُخَيَّرًا في الْخُصُومَةِ بِحَيْثُ لو تَرَكَهَا يُتْرَكُ وَلَا يُجْبَرُ عليها فَأَمَّا الْمُشْتَرِي فَمَجْبُورٌ على الْخُصُومَةِ

أَلَا تَرَى لو تَرَكَهَا لَا يُتْرَكُ بَلْ يُجْبَرُ عليها فَكَانَ هو مُدَّعًى عليه وَالْبَيِّنَةُ حُجَّةُ الْمُدَّعِي لَا حُجَّةُ الْمُدَّعَى عليه في الْأَصْلِ لِذَلِكَ قُضِيَ بِبَيِّنَةِ الشَّفِيعِ لَا بِبَيِّنَةِ الْمُشْتَرِي بِخِلَافِ ما إذَا اخْتَلَفَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي في قَدْرِ الثَّمَنِ لِأَنَّ هُنَاكَ الْبَائِعَ هو الْمُدَّعِي لِأَنَّ الْمُخَيَّرَ في الْخُصُومَةِ إنْ شَاءَ خَاصَمَ وَإِنْ شَاءَ لَا وَفِيمَا إذَا اخْتَلَفَا في قَدْرِ الْمَبِيعِ الْمُدَّعِي هو الْمُشْتَرِي

أَلَا تَرَى لو تَرَكَ الْخُصُومَةَ يُتْرَكُ وَكَذَا في بَابِ النِّكَاحِ الْمُدَّعِي في الْحَقِيقَةِ هو الْمَرْأَةُ لِمَا قُلْنَا فَهُوَ الْفَرْقُ وَوَجْهٌ آخَرُ من الْفَرْقِ ذَكَرْنَاهُ في كِتَابِ الشُّفْعَةِ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ اخْتِلَافُ الْمُتَبَايِعِينَ في أَجَلِ الثَّمَنِ في أَصْلِ الْأَجَلِ أو في قَدْرِهِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْبَيِّنَةَ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهَا تُظْهِرُ الزِّيَادَةَ وَكَذَا لو اخْتَلَفَا في مُضِيِّهِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لم يَمْضِ لِأَنَّهَا تُظْهِرُ زِيَادَةً وَعَلَى هذا يَخْرُجُ اخْتِلَافُهُمَا في الْمُسَلَّمِ فيه في قَدْرِهِ أو جِنْسِهِ أو صِفَتِهِ مع اتِّفَاقِهِمَا على رَأْسِ الْمَالِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ بَعْدَ تَفَرُّقِهِمَا أَنَّ الْبَيِّنَةَ بَيِّنَةُ رَبِّ السَّلَمِ وَيُقْضَى بِسَلَمٍ وَاحِدٍ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا على أَنَّ الْمُسَلَّمَ إلَيْهِ لم يَقْبِضْ إلَّا رَأْسَ مَالٍ وَاحِدٍ وَإِنْ اخْتَلَفَا قبل التَّفَرُّقِ فَكَذَلِكَ وَيُقْضَى بِسَلَمٍ وَاحِدٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ تُقْبَلُ الْبَيِّنَتَانِ جميعا وَيُقْضَى بِسَلَمَيْنِ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من الْبَيِّنَتَيْنِ قَامَتْ على عَقْدٍ على حِدَةٍ لِاخْتِلَافِ الْبَدَلَيْنِ فَيُعْمَلُ بِهِمَا جميعا وَيُقْضَى بِسَلَمَيْنِ إذْ لَا تَنَافِيَ بَيْنَهُمَا وَلَهُمَا أَنَّهُمَا اتَّفَقَا على عَقْدٍ وَاحِدٍ وَإِنَّمَا اخْتَلَفَا في قَدْرِ الْمَعْقُودِ عليه قَدْرًا أو جِنْسًا أو صِفَةً وَبَيِّنَةُ رَبِّ السَّلَمِ تُظْهِرُ زِيَادَةً فَكَانَتْ أَقْوَى

وَلَوْ اخْتَلَفَا في رَأْسِ الْمَالِ في قَدْرِهِ أو جِنْسِهِ أو صِفَتِهِ مع اتِّفَاقِهِمَا على الْمُسَلَّمِ فيه فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُسَلَّمِ إلَيْهِ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ تُقْبَلُ الْبَيِّنَتَانِ جميعا وَيُقْضَى بِسَلَمَيْنِ وَالْحُجَجُ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا هذا إذَا تَصَادَقَا أَنَّ رَأْسَ الْمَالِ كان دَيْنًا فَإِنْ تَصَادَقَا أَنَّهُ عَيْنٌ وَاخْتَلَفَا في الْمُسَلَّمِ فيه فَإِنْ كان رَأْسُ الْمَالِ عَيْنًا وَاحِدَةً يُقْضَى بِسَلَمٍ وَاحِدٍ كما إذَا قال رَبُّ السَّلَمِ أَسْلَمْت إلَيْك هذا الثَّوْبَ في كُرِّ حِنْطَةٍ وقال الْمُسَلَّمُ إلَيْهِ في كُرِّ شَعِيرٍ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ رَبِّ السَّلَمِ لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ إذَا كان عَيْنًا وَاحِدَةً لَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ عَقْدَيْنِ فَيُجْعَلُ عَقْدًا وَاحِدًا وَبَيِّنَةُ رَبِّ السَّلَمِ تُظْهِرُ زِيَادَةً فَكَانَتْ أَوْلَى بِالْقَبُولِ وإذا كان عَيْنَيْنِ بِأَنْ قال رَبُّ السَّلَمِ أَسْلَمْت إلَيْك هذا الْفَرَسَ في كُرِّ حِنْطَةٍ وقال الْمُسَلَّمُ إلَيْهِ هذا الثَّوْبُ في كُرِّ شَعِيرٍ يقضي بِسَلَمَيْنِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ عَقْدَيْنِ فَيُجْعَلُ سَلَمَيْنِ

هذا كُلُّهُ

إذَا كانت الدَّعْوَى دَعْوَى الْمِلْكِ فَأَمَّا دَعْوَى الْيَدِ بِأَنْ تَنَازَعَ رَجُلَانِ في شَيْءٍ يَدَّعِيه كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ في يَدِهِ فَعَلَى كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةُ على الْيَدِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْبَيِّنَةُ على الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ على الْمُدَّعَى عليه وَلِأَنَّ الْمِلْكَ وَالْيَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَقْصُودٌ في نَفْسِهِ فَتَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى إثْبَاتِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْبَيِّنَةِ فَإِنْ أَقَامَا جميعا الْبَيِّنَةَ يُقْضَى بِكَوْنِهِ في أَيْدِيهِمَا لِاسْتِوَائِهِمَا في الْحُجَّةِ

وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ صَارَ صَاحِبَ يَدٍ وَصَارَ مُدَّعًى عليه وَإِنْ لم تَقُمْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ فَعَلَى كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْيَمِينُ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالْيَمِينُ على من أَنْكَرَ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُنْكِرُ دَعْوَى صَاحِبِ الْيَدِ فَيَحْلِفُ هذا كُلُّهُ إذَا قَامَتْ الْبَيِّنَتَانِ على الْمِلْكِ أو على الْيَدِ فَأَمَّا إذَا قَامَتْ إحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ على الْمِلْكِ وَالْأُخْرَى على الْيَدِ فَبَيِّنَةُ الْمِلْكِ أَوْلَى نَحْوُ ما إذَا أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ على أَنَّ الدَّارَ له مُنْذُ سَنَتَيْنِ وَأَقَامَ ذُو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ على أنها في يَدِهِ مُنْذُ ثَلَاثِ سِنِينَ يُقْضَى بها لِلْخَارِجِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ الْقَائِمَةَ على الْمِلْكِ أَقْوَى لِأَنَّ الْيَدَ قد تَكُونُ مُحِقَّةً وقد تَكُونُ مُبْطِلَةً كَيَدِ الْغَصْبِ وَالسَّرِقَةِ وَالْيَدُ الْمُحِقَّةُ قد تَكُونُ يَدَ مِلْكٍ وقد تَكُونُ يَدَ إعَارَةٍ وَإِجَارَةٍ فَكَانَتْ مُحْتَمِلَةً فَلَا تَصْلُحُ بَيِّنَتُهَا مُعَارِضَةً لِبَيِّنَةِ الْمِلْكِ

وَأَمَّا دَعْوَى النَّسَبِ فَالْكَلَامُ في النَّسَبِ في الْأَصْلِ في ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ في بَيَانِ ما يَثْبُتُ بِهِ النَّسَبُ وفي بَيَانِ ما يَظْهَرُ بِهِ النَّسَبُ وفي بَيَانِ صِفَةِ النَّسَبِ الثَّابِتِ أَمَّا ما يَثْبُتُ بِهِ النَّسَبُ فَالْكَلَامُ فيه في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ ما يَثْبُتُ بِهِ نَسَبُ الْوَلَدِ من الرَّجُلِ

وَالثَّانِي في بَيَانِ ما يَثْبُتُ بِهِ نَسَبُهُ من الْمَرْأَةِ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَسَبُ الْوَلَدِ من الرَّجُلِ لَا يَثْبُتُ إلَّا بِالْفِرَاشِ وهو أَنْ تَصِيرَ الْمَرْأَةُ فِرَاشًا له لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ وَقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ أَيْ لِصَاحِبِ الْفِرَاشِ إلَّا أَنَّهُ أَضْمَرَ الْمُضَافَ فيه اخْتِصَارًا كما في قَوْلِهِ عز وجل { وَاسْأَلْ الْقَرْيَةَ } وَنَحْوِهِ وَالْمُرَادُ من الْفِرَاشِ هو الْمَرْأَةُ فَإِنَّهَا تُسَمَّى فِرَاشَ الرَّجُلِ وَإِزَارَهُ وَلِحَافَهُ وفي التَّفْسِيرِ في قَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { وَفُرُشٍ مَرْفُوعَةٍ } أنها نِسَاءُ أَهْلِ الْجَنَّةِ فَسُمِّيَتْ الْمَرْأَةُ فِرَاشًا لِمَا أنها تُفْرَشُ وَتُبْسَطُ بِالْوَطْءِ عَادَةً وَدَلَالَةُ الحديث من وُجُوهٍ ثَلَاثَةٍ أَحَدُهَا أَنَّ النبي عليه السلام أَخْرَجَ الْكَلَامَ مُخْرَجَ الْقِسْمَةِ فَجَعَلَ الْوَلَدَ لِصَاحِبِ الْفِرَاشِ وَالْحَجَرَ لِلزَّانِي فَاقْتَضَى أَنْ لَا يَكُونَ الْوَلَدُ لِمَنْ لَا فِرَاشَ له كما لَا يَكُونُ الْحَجَرُ لِمَنْ لَا زِنَا منه إذْ الْقِسْمَةُ تَنْفِي الشَّرِكَةَ وَالثَّانِي أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَعَلَ الْوَلَدَ لِصَاحِبِ الْفِرَاشِ وَنَفَاهُ عن الزَّانِي بِقَوْلِهِ عليه السلام وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ لِأَنَّ مِثْلَ هذا الْكَلَامِ يُسْتَعْمَلُ في النَّفْيِ

وَالثَّالِثُ أَنَّهُ جَعَلَ كُلَّ جِنْسِ الْوَلَدِ لِصَاحِبِ الْفِرَاشِ فَلَوْ ثَبَتَ نَسَبُ وَلَدٍ لِمَنْ ليس بِصَاحِبِ الْفِرَاشِ لم يَكُنْ كُلُّ جِنْسِ الْوَلَدِ لِصَاحِبِ الْفِرَاشِ وَهَذَا خِلَافُ النَّصِّ

فَعَلَى هذا إذَا زَنَى رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ الزَّانِي لم يَثْبُتْ نَسَبُهُ منه لِانْعِدَامِ الْفِرَاشِ وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ منها لِأَنَّ الْحُكْمَ في جَانِبِهَا يَتْبَعُ الْوِلَادَةَ على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وقد وُجِدَتْ

وَكَذَلِكَ لو ادَّعَى رَجُلٌ عَبْدًا صَبِيًّا في يَدِ رَجُلٍ أَنَّهُ ابْنُهُ من الزِّنَا لم يَثْبُتْ منه كَذَّبَهُ الْمَوْلَى فيه أو صَدَّقَهُ لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ هَلَكَ الْوَلَدُ بِوَجْهٍ مِن الْوُجُوهِ عَتَقَ عليه لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ مَخْلُوقٌ من مَائِهِ وَإِنْ مَلَكَ أُمَّهُ لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ له لِأَنَّ أُمومِيَّةَ الْوَلَدِ تَتْبَعُ ثَبَاتَ النَّسَبِ ولم يَثْبُتْ
وَكَذَلِكَ لو كان هذا الْعَبْدُ لِأَبِ الْمُدَّعِي أو عَمِّهِ لِمَا ذَكَرنَا
وَلَوْ كان لِابْنِ الْمُدَّعِي فقال هو ابْنِي من الزِّنَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ منه وهو مخطىء (((مخطئ))) في قَوْلِهِ من الزِّنَا لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُتَمَلِّكًا الْجَارِيَةَ عِنْدَنَا قُبَيْلَ الِاسْتِيلَادِ أو مُقَارِنًا له وَلَا يَتَحَقَّقُ الْوَطْءُ زِنًا مع ثُبُوتِ الْمِلْكِ وَلَوْ كان الْمُدَّعِي غير الْأَبِ فقال هو ابْنِي منها ولم يَقُلْ من الزِّنَا فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمَوْلَى ثَبَتَ نَسَبُهُ منه وَيَكُونُ عَبْدًا لِمَوْلَى الْأُمِّ وَإِنْ كَذَّبَهُ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ لِلْحَالِ وإذا مَلَكَهُ الْمُدَّعِي يَثْبُتُ النَّسَبُ وَيُعْتَقُ عليه لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْبُنُوَّةِ مُطْلَقًا عن الْجِهَةِ مَحْمُولٌ على جِهَةٍ مُصَحِّحَةٍ لِلنَّسَبِ وَهِيَ الْفِرَاشُ إلَّا أَنَّهُ لم يَظْهَرْ نَفَاذُهُ لِلْحَالِ لِقِيَامِ مِلْكِ الْمَوْلَى فإذا مَلَكَهُ زَالَ الْمَانِعُ
وَكَذَلِكَ لو قال هو ابْنِي من نِكَاحٍ فَاسِدٍ أو شِرَاءٍ فَاسِدٍ وَادَّعَى شُبْهَةً بِوَجْهٍ من الْوُجُوهِ أو قال أَحَلَّهَا لي اللَّهُ إنْ صَدَّقَهُ الْمَوْلَى يَثْبُتُ النَّسَبُ وَإِنْ كَذَّبَهُ لم يَثْبُتْ النَّسَبُ ما دَامَ عَبْدًا فإذا مَلَكَهُ يَثْبُتُ النَّسَبُ وَيُعْتَقُ عليه لِأَنَّ الْعَقْدَ الْفَاسِدَ مُلْحَقٌ بِالصَّحِيحِ في ثَبَاتِ النَّسَبِ وَكَذَلِكَ الشُّبْهَةُ فيه مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ فَكَانَ هذا إقْرَارًا بِالنَّسَبِ بِجِهَةٍ مُصَحِّحَةٍ لِلنَّسَبِ شَرْعًا إلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ ظُهُورُهُ لِلْحَالِ لِحَقِّ الْمَوْلَى فإذا زَالَ ظَهَرَ وَعَتَقَ لِأَنَّهُ مِلْكُ ابْنِهِ وَإِنْ مَلَكَ أُمَّهَا كانت أُمَّ وَلَدٍ له لِأَنَّهُ وُجِدَ سَبَبُ أُمومِيَّةِ الْوَلَدِ وهو ثُبُوتُ النَّسَبِ بِنَاءً على وُجُودِ سَبَبِ الثُّبُوتِ وهو الْإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ بِجِهَةٍ

مُصَحِّحَةٍ له شَرْعًا إلَّا أنها تَوَقَّفَتْ على شَرْطِهَا وهو الْمِلْكُ وقد وُجِدَ بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ هُنَاكَ لم يُوجَدْ سَبَبُ أُمومِيَّةِ الْوَلَدِ أَصْلًا لِانْعِدَامِ سَبَبِ ثُبُوتِ النَّسَبِ وهو الْإِقْرَارُ بِجِهَةٍ مُصَحِّحَةٍ شَرْعًا
وَعَلَى هذا إذَا تَصَادَقَ الزَّوْجَانِ على أَنَّ الْوَلَدَ من الزِّنَا من فُلَانٍ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ منه وَيَثْبُتُ من الزَّوْجِ لِأَنَّ الْفِرَاشَ له
وَعَلَى هذا إذَا ادَّعَى رَجُلٌ صَبِيًّا في يَدِ امْرَأَةٍ فقال هو ابْنِي من الزِّنَا وَقَالَتْ الْمَرْأَةُ هو من النِّكَاحِ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ من الرَّجُلِ وَلَا من الْمَرْأَةِ لِأَنَّ الرَّجُلَ أَقَرَّ أَنَّهُ ابْنُهُ من الزِّنَا وَالزِّنَا لَا يُوجِبُ النَّسَبَ وَالْمَرْأَةُ تَدَّعِي النِّكَاحَ وَالنِّكَاحُ لَا بُدَّ له من حُجَّةٍ
وَكَذَلِكَ لو كان الْأَمْرُ على الْعَكْسِ بِأَنْ ادَّعَى الرَّجُلُ أَنَّهُ ابْنُهُ من النِّكَاحِ وَادَّعَتْ الْمَرْأَةُ أَنَّهُ من الزِّنَا لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ قال الرَّجُلُ بَعْدَ ذلك في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ هو من النِّكَاحِ أو قالت الْمَرْأَةُ بَعْدَ ذلك في الْفَصْلِ الثَّانِي هو من النِّكَاحِ يَثْبُتُ النَّسَبُ وَإِنْ كان ذلك مِنْهُمَا تَنَاقضًا لِأَنَّ التَّنَاقُضَ سَاقِطُ الِاعْتِبَارِ شَرْعًا في بَابِ النَّسَبِ كما هو سَاقِطُ الِاعْتِبَارِ شَرْعًا في بَابِ الْعِتْقِ لِمَا ذَكَرنَا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الثَّانِي فَنَسَبُ الْوَلَدِ من الْمَرْأَةِ يَثْبُتُ بِالْوِلَادَةِ سَوَاءٌ كان بِالنِّكَاحِ أو بِالسِّفَاحِ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْفِرَاشِ إنَّمَا عَرَفْنَاهُ بِالْحَدِيثِ وهو قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ أَيْ لِمَالِكِ الْفِرَاشِ وَلَا فِرَاشَ لِلْمَرْأَةِ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ وَلَيْسَتْ بمالكه فَبَقِيَ الْحُكْمُ في جَانِبِهَا مُتَعَلِّقًا بِالْوِلَادَةِ

وإذا عَرَفْت أَنَّ نَسَبَ الْوَلَدِ من الرَّجُلِ لَا يَثْبُتُ إلَّا إذَا صَارَتْ الْمَرْأَةُ فِرَاشًا له فَلَا بُدَّ من مَعْرِفَةِ ما تَصِيرُ بِهِ الْمَرْأَةُ فِرَاشًا وَكَيْفِيَّةِ عَمَلِهِ في ذلك فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْمَرْأَةُ تَصِيرُ فِرَاشًا بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ أَحَدُهُمَا عَقْدُ النِّكَاحِ وَالثَّانِي مِلْكُ الْيَمِينِ إلَّا أَنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ يُوجِبُ الْفِرَاشَ بِنَفْسِهِ لِكَوْنِهِ عَقْدًا مَوْضُوعًا لِحُصُولِ الْوَلَدِ شَرْعًا

قال النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَنَاكَحُوا تَوَالَدُوا تَكْثُرُوا فَإِنِّي أُبَاهِي بِكُمْ الْأُمَمَ يوم الْقِيَامَةِ وَلَوْ بِالسَّقْطِ وَكَذَا الناس يُقْدِمُونَ على النِّكَاحِ لِغَرَضِ التَّوَالُدِ عَادَةً فَكَانَ النِّكَاحُ سَبَبًا مُفْضِيًا إلَى حُصُولِ الْوَلَدِ فَكَانَ سَبَبًا لِثَبَاتِ النَّسَبِ بِنَفْسِهِ وَيَسْتَوِي فيه النِّكَاحُ الصَّحِيحُ وَالْفَاسِدُ إذَا اتَّصَلَ بِهِ الْوَطْءُ لِأَنَّ النِّكَاحَ الْفَاسِدَ يَنْعَقِدُ في حَقِّ الْحُكْمِ عِنْدَ بَعْضِ مَشَايِخِنَا لِوُجُودِ رُكْنِ الْعَقْدِ من أَهْلِهِ في مَحَلِّهِ وَالْفَاسِدُ ما فَاتَهُ شَرْطٌ من شَرَائِطِ الصِّحَّةِ وَهَذَا لَا يَمْنَعُ انْعِقَادَهُ في حَقِّ الْحُكْمِ كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ إلَّا أَنَّهُ يَمْنَعُ من الْوَطْءِ لِغَيْرِهِ

وَهَذَا لَا يَمْنَعُ ثَبَاتَ النَّسَبِ كَالْوَطْءِ في حَالَةِ الْحَيْضِ وَالنِّفَاسِ وَسَوَاءٌ كانت الْمَنْكُوحَةُ حُرَّةً أو أَمَةً لِأَنَّ الْمَقْصُودَ من فِرَاشِ الزَّوْجِيَّةِ لَا يَخْتَلِفُ

وَأَمَّا مِلْكُ الْيَمِينِ فَفِي أُمِّ الْوَلَدِ يُوجِبُ الْفِرَاشَ بِنَفْسِهِ أَيْضًا لِأَنَّهُ مِلْكٌ يَقْصِدُ بِهِ حُصُولُ الْوَلَدِ عَادَةً كَمِلْكِ النِّكَاحِ فَكَانَ مُفْضِيًا إلَى حُصُولِ الْوَلَدِ كَمِلْكِ النِّكَاحِ إلَّا أَنَّهُ أَضْعَفُ منه لِأَنَّهُ لَا يُقْصَدُ بِهِ ذلك مِثْلَ ما يُقْصَدُ بِمِلْكِ النِّكَاحِ وَكَذَا يَحْتَمِلُ النَّقْلُ إلَى غَيْرِهِ بِالتَّزْوِيجِ وَيَنْتَفِي بِمُجَرَّدِ النَّفْيِ من غَيْرِ لِعَانٍ بِخِلَافِ مِلْكِ النِّكَاحِ وَأَمَّا في الْأَمَةِ فَلَا يُوجِبُ الْفِرَاشَ بِنَفْسِهِ بِالْإِجْمَاعِ حتى لَا تَصِيرَ الْأَمَةُ فِرَاشًا بِنَفْسِ الْمِلْكِ بِلَا خِلَافٍ وَهَلْ تَصِيرُ فِرَاشًا بِالْوَطْءِ اُخْتُلِفَ فيه

قال أَصْحَابُنَا رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ لَا تَصِيرُ فِرَاشًا إلَّا بِقَرِينَةِ الدَّعْوَةِ

وقال الشَّافِعِيُّ عليه الرَّحْمَةُ تَصِيرُ فِرَاشًا بِنَفْسِ الْوَطْءِ من غَيْرِ دَعْوَةٍ

وَعِبَارَةُ مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ في هذا الْبَابِ أَنَّ الْفِرَاشَ ثَلَاثَةٌ فِرَاشٌ قَوِيٌّ وَفِرَاشٌ ضَعِيفٌ وَفِرَاشٌ وَسَطٌ فَالْقَوِيُّ فِرَاشُ الْمَنْكُوحَةِ حتى يَثْبُتَ النَّسَبُ من غَيْرِ دَعْوَةٍ وَلَا يَنْتَفِي إلَّا بِاللِّعَانِ وَالْوَسَطُ فِرَاشُ أُمِّ الْوَلَدِ حتى يَثْبُتَ النَّسَبُ من غَيْرِ دَعْوَةٍ وَيَنْتَفِي بِمُجَرَّدِ النَّفْيِ من غَيْرِ لِعَانٍ

وَالضَّعِيفُ فِرَاشُ الْأَمَةِ حتى لَا يَثْبُتَ النَّسَبُ فيه إلَّا بِالدَّعْوَةِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ ثَبَاتَ النَّسَبِ منه لِحُصُولِ الْوَلَدِ من مَائِهِ

وَهَذَا يَحْصُلُ بِالْوَطْءِ من غَيْرِ دَعْوَةٍ

لِأَنَّ الْوَطْءَ سَبَبٌ لِحُصُولِ الْوَلَدِ قُصِدَ منه ذلك أو لَا

وَلَنَا أَنَّ وَطْءَ الْأَمَةِ لَا يُقْصَدُ بِهِ حُصُولُ الْوَلَدِ عَادَةً لِأَنَّهَا لَا تُشْتَرَى لِلْوَطْءِ عَادَةً بَلْ لِلِاسْتِخْدَامِ وَالِاسْتِرْبَاحِ

وَلَوْ وَطِئَتْ فَلَا يُقْصَدُ بِهِ حُصُولُ الْوَلَدِ عَادَةً لِأَنَّ الْوَلَدَ لَا يَحْصُلُ إلَّا بِتَرْكِ الْعَزْلِ وَالظَّاهِرُ في الْإِمَاءِ هو الْعَزْلُ

وَالْعَزْلُ بِدُونِ رِضَاهُنَّ مَشْرُوعٌ فَلَا يَكُونُ وَطْؤُهَا سَبَبًا لِحُصُولِ الْوَلَدِ إلَّا بِقَرِينَةِ الدَّعْوَةِ وَلِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى علم (((علما))) بِقَرِينَةِ الدَّعْوَةِ أَنَّهُ وَطِئَهَا ولم يَعْزِلْ عنها

وَالْوَطْءُ من غَيْرِ عَزْلٍ سَبَبٌ لِحُصُولِ الْوَلَدِ فَيَثْبُتُ النَّسَبُ حتى لو كان الْمَوْلَى وَطِئَهَا وَحَصَّنَهَا ولم يَعْزِلْ عنها لَا يَحِلُّ له النَّفْيُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى عز شَأْنُهُ بَلْ تَلْزَمُهُ الدَّعْوَى وَالْإِقْرَارُ بِهِ

لِأَنَّهُ إذَا كان كَذَلِكَ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ وَلَدُهُ فَلَا يَحِلُّ له نَفْيُهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ

وَاخْتَلَفُوا فِيمَا إذَا وَطِئَهَا

(6/243)

وَحَصَّنَهَا وَلَكِنْ عَزَلَ عنها أو لم يَعْزِلْ عنها وَلَكِنَّهُ لم يُحَصِّنْهَا قال أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه يَحِلُّ له النَّفْيُ
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَحَبُّ إلى أَنْ يَدْعُوَ إذَا كان وَطِئَهَا ولم يَعْزِلْ عنها وَإِنْ لم يُحَصِّنْهَا
وقال مُحَمَّدٌ عليه الرَّحْمَةُ أَحَبُّ إلى أَنْ يُعْتَقَ وَلَدُهَا وَيَسْتَمْتِعُ بِأُمِّهِ إلَى أَنْ يَقْرُبَ مَوْتُهُ فَيُعْتِقُهَا
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّهُ إذَا وَطِئَهَا ولم يَعْزِلْ عنها اُحْتُمِلَ كَوْنُ الْوَلَدِ منه فَلَا يَحِلُّ له النَّفْيُ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إذَا لم يُحَصِّنْهَا اُحْتُمِلَ كَوْنُهُ من غَيْرِهِ فَلَا يَلْزَمُهُ الْإِقْرَارُ بِهِ بِالشَّكِّ لِأَنَّ غير الثَّابِتِ بِيَقِينٍ لَا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ كما أَنَّ الثَّابِتَ بِيَقِينٍ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إذَا اُحْتُمِلَ كَوْنُهُ من غَيْرِهِ لَا يَلْزَمُهُ الْإِقْرَارُ بِهِ كما قَالَهُ أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلِمَا اُحْتُمِلَ كَوْنُهُ منه لَا يَجُوزُ له النَّفْيُ أَيْضًا كما قَالَهُ أبو يُوسُفَ لَكِنْ يَسْلُكُ فيه مَسْلَكَ الِاحْتِيَاطِ فَيُعْتِقُ الْوَلَدُ صِيَانَةً عن اسْتِرْقَاقِ الْحُرِّ عَسَى وَيَسْتَمْتِعُ بِأُمِّهِ لِأَنَّ الِاسْتِمْتَاعَ بِالْأَمَةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ مُبَاحٌ وَيُعْتِقُهَا عِنْدَ مَوْتِهِ صِيَانَةً عن اسْتِرْقَاقِ الْحُرَّةِ بَعْدَ مَوْتِهِ عَسَى
وَيَسْتَوِي في فِرَاشِ الْمِلْكِ مِلْكُ كل الْمَحَلِّ وَبَعْضِهِ وَمِلْكُ الذَّاتِ وَمِلْكُ الْيَدِ في ثُبُوتِ النَّسَبِ
وَبَيَانُ ذلك في مَسَائِلَ إذَا حَمَلَتْ الْجَارِيَةُ في مِلْكِ رَجُلَيْنِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ منه لِأَنَّ ما له من الْمِلْكِ أَوْجَبَ النَّسَبَ بِقَدْرِهِ إلَّا أَنَّ النَّسَبَ لَا يَتَجَزَّأُ فَمَتَى ثَبَتَ في الْبَعْضِ يَتَعَدَّى إلَى الْكُلِّ وَتَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَتِهَا لِشَرِيكِهِ وَنِصْفُ الْعُقْرِ وَلَا يَضْمَنُ قِيمَةَ الْوَلَدِ
وَهِيَ من مَسَائِلِ كِتَابِ الْعِتْقِ
وَلَوْ ادَّعَيَاهُ جميعا مَعًا فَهُوَ ابْنُهُمَا وَالْجَارِيَةُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُمَا
وَهَذَا عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ هو ابن أَحَدِهِمَا وَيَتَعَيَّنُ بِقَوْلِ الْقَائِفِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ خَلْقَ وَلَدٍ وَاحِدٍ من مَاءِ فَحْلَيْنِ مُسْتَحِيلٌ عَادَةً
ما أَجْرَى اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْعَادَةَ بِذَلِكَ إلَّا في الْكِلَابِ على ما قِيلَ فَلَا يَكُونُ الْوَلَدُ إلَّا من أَحَدِهِمَا وَيُعْرَفُ ذلك بِقَوْلِ الْقَائِفِ
فإن الشَّرْعَ وَرَدَ بِقَبُولِ قَوْلِ الْقَائِفِ في النَّسَبِ
فإنه روى أَنَّ قَائِفًا مَرَّ بِأُسَامَةَ وَزَيْدٍ وَهُمَا تَحْتَ قَطِيفَةٍ وَاحِدَةٍ قد غَطَّى وُجُوهَهُمَا
وَأَرْجُلُهُمَا بَادِيَةٌ فقال إنَّ هذه الْأَقْدَامَ يُشْبِهُ بَعْضُهَا بَعْضًا
فَسَمِعَ رسول اللَّهِ فَفَرِحَ بِذَلِكَ حتى كَادَتْ تَبْرُقُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
فَقَدْ اعْتَبَرَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَوْلَ الْقَائِفِ حَيْثُ لم يَرُدَّ عليه
بَلْ قَرَّرَهُ بِإِظْهَارِ الْفَرَحِ

وَلَنَا إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ فإنه رُوِيَ أَنَّهُ وَقَعَتْ هذه الْحَادِثَةُ في زَمَنِ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه فَكَتَبَ إلَى شُرَيْحٍ لَبَّسَا فَلُبِّسَ عَلَيْهِمَا وَلَوْ بَيَّنَا لَبُيِّنَ لَهُمَا هو ابْنُهُمَا يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ وكان ذلك بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ ولم يُنْقَل أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ فَيَكُونُ إجْمَاعًا لِأَنَّ سَبَبَ اسْتِحْقَاقِ النَّسَبِ بِأَصْلِ الْمِلْكِ وقد وُجِدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَيَثْبُتُ بِقَدْرِ الْمِلْكِ حِصَّةٌ لِلنَّسَبِ ثُمَّ يَتَعَدَّى لِضَرُورَةِ عَدَمِ التَّجَزِّي فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا على الْكَمَالِ
وَأَمَّا فَرَحُ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَتَرْكُ الرَّدِّ وَالنُّكْرِ فَاحْتُمِلَ أَنَّهُ لم يَكُنْ لِاعْتِبَارِهِ قَوْلَ الْقَائِفِ حُجَّةً بَلْ لِوَجْهٍ آخَرَ وهو أَنَّ الْكُفَّارَ كَانُوا يَطْعَنُونَ في نَسَبِ أُسَامَةَ رضي اللَّهُ عنه وَكَانُوا يَعْتَقِدُونَ الْقِيَافَةَ فلما قال الْقَائِفُ ذلك فَرِحَ رسول اللَّهِ لِظُهُورِ بُطْلَانِ قَوْلِهِمْ بِمَا هو حُجَّةٌ عِنْدَهُمْ فَكَانَ فَرَحُهُ في الْحَقِيقَةِ بِزَوَالِ الطَّعْنِ بِمَا هو دَلِيلُ الزَّوَالِ عِنْدَهُمْ وَالْمُحْتَمَلُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً
وَكَذَلِكَ لو كانت الْجَارِيَةُ بين ثَلَاثَةٍ أو أَرْبَعَةٍ أو خَمْسَةٍ فَادَّعَوْهُ جميعا مَعًا فَهُوَ ابْنُهُمْ جميعا ثَابِتُ نَسَبِهِ منهم وَالْجَارِيَةُ أُمُّ وَلَدٍ لهم عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وقال أبو يُوسُفَ لَا يَثْبُتُ من أَكْثَرَ من اثْنَيْنِ وقال مُحَمَّدٌ لَا يَثْبُتُ من أَكْثَرَ من ثَلَاثَةٍ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى ثُبُوتَ النَّسَبِ من أَكْثَرَ من رَجُلٍ وَاحِدٍ لِمَا ذَكَرْنَا لِلشَّافِعِيِّ إلَّا أَنَّا تَرَكْنَا الْقِيَاسَ في رَجُلَيْنِ بِأَثَرِ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ تَعَالَى عنه فَبَقِيَ حُكْمُ الزِّيَادَةِ مَرْدُودًا إلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْحَمْلَ الْوَاحِدَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ثَلَاثَةَ أَوْلَادٍ وَكُلُّ وَاحِدٍ منهم يَجُوزُ أَنْ يُخْلَقَ من مَاءٍ على حِدَةٍ وقد جاء عن إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ أَثْبَتَ النَّسَبَ من ثَلَاثَةٍ فَأَمَّا الزِّيَادَةُ على الثَّلَاثَةِ في بَطْنٍ وَاحِدٍ فَنَادِرٌ غَايَةَ النُّدْرَةِ فَالشَّرْعُ الْوَارِدُ في الِاثْنَيْنِ يَكُونُ وَارِدًا في الثَّلَاثَةِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمُوجِبَ لِثَبَاتِ النَّسَبِ لَا يَفْصِلُ بين عَدَدِ الِاثْنَيْنِ وَالْخَمْسَةِ فَالْفَصْلُ بين عَدَدٍ وَعَدَدٍ يَكُونُ تَحَكُّمًا من غَيْرِ دَلِيلٍ وَسَوَاءٌ كانت الْأَنْصِبَاءُ مُتَّفِقَةً أو مُخْتَلِفَةً بِأَنْ كان لِأَحَدِهِمْ السُّدُسُ وَلِلْآخَرِ الرُّبْعُ وَلِلْآخَرِ الثُّلُثُ وَلِلْآخَرِ ما بَقِيَ فَالْوَلَدُ ابْنُهُمْ جميعا فَحُكْمُ النَّسَبِ لَا يَخْتَلِفُ لِأَنَّ سَبَبَ ثَبَاتِ النَّسَبِ هو أَصْلُ الْمِلْكِ لَا صِفَةُ الْمَالِكِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَم
وَأَمَّا حُكْمُ الِاسْتِيلَادِ فَيَثْبُتُ في نَصِيبِ كل

وَاحِدٍ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ من الْمِلْكِ فَلَا يَتَعَدَّى إلَى نَصِيبِ غَيْرِهِ
وَلَوْ كانت الْجَارِيَةُ بين الْأَبِ وَالِابْنِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَيَاهُ جميعا مَعًا فَالْأَبُ أَوْلَى عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُمَا جميعا وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُمَا اسْتَوَيَا في سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ وهو أَصْلُ الْمِلْكِ فَيَسْتَوِيَانِ في الِاسْتِحْقَاقِ
وَلَنَا إن التَّرْجِيحَ لِجَانِبِ الْأَبِ لِأَنَّ نِصْفَ الْجَارِيَةِ مِلْكُهُ حَقِيقَةً وَلَهُ حَقُّ تَمْلِيكِ النِّصْفِ الْآخَرِ وَلَيْسَ لِلِابْنِ إلَّا مِلْكُ النِّصْفِ فَكَانَ الْأَبُ أَوْلَى وَيَتَمَلَّكُ نَصِيبَ الِابْنِ من الْجَارِيَةِ بِالْقِيمَةِ ضَرُورَةَ ثُبُوتِ الِاسْتِيلَادِ في نَصِيبِهِ لِأَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ فَلَا يُتَصَوَّرُ ثُبُوتُهُ في الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ كما في الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ بين الْأَجْنَبِيَّيْنِ وَيَضْمَنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْآخَرِ نِصْفَ الْعُقْرِ لِأَنَّ الْوَطْءَ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا في قَدْرِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ حَصَلَ في غَيْرِ الْمِلْكِ كما في الْأَجْنَبِيَّيْنِ يَضْمَنُ كُلُّ وَاحِدٍ

مِنْهُمَا نِصْفَ الْعُقْرِ لِلْآخَرِ ثُمَّ يَكُونِ النِّصْفُ بِالنِّصْفِ قِصَاصًا كما في الْأَجَانِبِ
وَهَذَا بِخِلَافِ حَالَةِ الِانْفِرَادِ فإن أَمَةً الرجل (((لرجل))) إذَا جَاءَتْ بِوَلَدٍ
فَادَّعَاهُ أَبُوهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ منه وَلَا عُقْرَ عليه عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ لِأَنَّ هُنَاكَ صَارَ
مُتَمَلِّكًا الْجَارِيَةَ ضَرُورَةَ صِحَّةِ الِاسْتِيلَادِ سَابِقًا عليه أو مُقَارِنًا له لِانْعِدَامِ حَقِيقَةِ
الْمِلْكِ فَجُعِلَ الْوَطْءُ في الْمِلْكِ وَهَهُنَا الِاسْتِيلَادُ صَحِيحٌ بِدُونِ التَّمَلُّكِ لِقِيَامِ
حَقِيقَةِ الْمِلْكِ في النِّصْفِ فَلَا حَاجَةَ إلَى التَّمَلُّكِ لِصِحَّةِ الِاسْتِيلَادِ وَأَنَّهُ صَحِيحٌ
بِدُونِهِ وَإِنَّمَا يُثْبِتُ ضَرُورَةَ ثُبُوتِ الِاسْتِيلَادِ في نَصِيبِهِ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ التجزي
(((التجزؤ))) على ما ذَكَرنَا هو الْفَرْقُ وَكَذَلِكَ الْجَدُّ عِنْدَ عَدَمِ الْأَبِ لِأَنَّهُ
بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ عِنْدَ عَدَمِهِ
وَلَوْ كان بين الْجَدِّ وَالْحَافِدِ جَارِيَةٌ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَيَاهُ مَعًا وَالْأَبُ حَيٌّ يَثْبُتُ
النَّسَبُ مِنْهُمَا جميعا لِأَنَّ الْجَدَّ حَالَ قِيَامِ الْأَبِ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ وَلَوْ ادَّعَى الْوَلَدَ
أَحَدُ الْمَالِكِينَ وَأَبُ الْمَالِكِ الْآخَرِ فَالْمَالِكُ أَوْلَى لِأَنَّ له حَقِيقَةَ الْمِلْكِ وَلِأَبِ
الْمَالِكِ الْآخَرِ حَقُّ التَّمَلُّكِ فَكَانَ الْمَالِكُ الْحَقِيقِيُّ أَوْلَى
هذا كُلُّهُ إذَا كان الشَّرِيكَانِ الْمُدَّعِيَانِ حُرَّيْنِ مُسْلِمَيْنِ فَإِنْ كان أَحَدُهُمَا حُرًّا
وَالْآخَرُ عَبْدًا فَالْحُرُّ أَوْلَى لِأَنَّ إثْبَاتَ النَّسَبِ منه أَنْفَعُ حَيْثُ يَصِلُ هو إلَى حَقِيقَةِ
الْحُرِّيَّةِ وَأُمُّهُ إلَى حَقِّ الْحُرِّيَّةِ
وَكَذَلِكَ لو كان أَحَدُهُمَا حُرًّا وَالْآخَرُ عَبْدًا مُكَاتَبًا فَالْحُرُّ أَوْلَى لِأَنَّ الْوَلَدَ يَصِلُ إلَى
حَقِيقَةِ الْحُرِّيَّةِ وَلَوْ كان أَحَدُهُمَا مُكَاتَبًا وَالْآخَرُ عَبْدًا فَالْمُكَاتَبُ أَوْلَى لِأَنَّهُ حُرٌّ يَدًا
فَكَانَ أَنْفَعَ لِلْوَلَدِ وَلَوْ كَانَا عَبْدَيْنِ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُمَا جميعا لَكِنْ هل يُشْتَرَطُ
فيه تَصْدِيقُ الْمَوْلَى فيه رِوَايَتَانِ وَمِنْهُمْ من وَفَّقَ بين الرِّوَايَتَيْنِ فَحَمَلَ شَرْطَ
التَّصْدِيقِ على ما إذَا كان الْعَبْدُ مَحْجُورًا وَحَمَلَ الْأُخْرَى على ما إذَا كان مَأْذُونًا
عَمَلًا بِهِمَا جميعا
وَلَوْ كان أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا وَالْآخَرُ ذِمِّيًّا فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ
يَثْبُتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا وهو رِوَايَةُ الْحَسَنِ عن أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ النَّسَبَ حُكْمُ الْمِلْكِ وقد اسْتَوَيَا في الْمِلْكِ فَيَسْتَوِيَانِ في
حُكْمِهِ كما في سَائِرِ الْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمِلْكِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ إثْبَاتَ النَّسَبِ من الْمُسْلِمِ أَنْفَعُ لِلصَّبِيِّ لِأَنَّهُ يُحْكَمُ
بِإِسْلَامِهِ تَبَعًا له وَكَذَلِكَ لو كان أَحَدُهُمَا كِتَابِيًّا وَالْآخَرُ مَجُوسِيًّا فَالْقِيَاسُ أَنْ
يَثْبُتَ النَّسَبُ مِنْهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا في الْمِلْكِ وفي الِاسْتِحْسَانِ الْكِتَابِيُّ أَوْلَى لِأَنَّهُ
أَقْرَبُ إلَى الْإِسْلَامِ من الْمَجُوسِيِّ فَكَانَ أَنْفَعَ لِلصَّبِيِّ
وَلَوْ كان أَحَدُهُمَا عَبْدًا مُسْلِمًا أو مُكَاتَبًا مُسْلِمًا وَالْآخَر حُرًّا كَافِرًا فَالْحُرُّ أَوْلَى
لِأَنَّ هذا أَنْفَعُ لِلصَّبِيِّ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَكْتَسِبَ الْإِسْلَامَ بِنَفْسِهِ إذَا عَقَلَ وَلَا يُمْكِنُهُ
اكْتِسَابُ الْحُرِّيَّةِ بِحَالٍ وَلَوْ كان أَحَدُهُمَا ذِمِّيًّا وَالْآخَرُ مُرْتَدًّا فَهُوَ ابن الْمُرْتَدِّ لِأَنَّ
وَلَدَ الْمُرْتَدِّ على حُكْمِ الْإِسْلَامِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ إذَا بَلَغَ كَافِرًا يُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ وإذا أُجْبِرَ عليه فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُسْلِمُ
فَكَانَ هذا أَنْفَعَ لِلصَّبِيِّ
هذا كُلُّهُ إذَا خَرَجَتْ دَعْوَةُ الشَّرِيكَيْنِ مَعًا فَأَمَّا إذَا سَبَقَتْ دَعْوَةُ أَحَدِهِمَا في
هذه الْفُصُولِ كُلِّهَا كَائِنًا من كان فَهُوَ أَوْلَى لِأَنَّ النَّسَبَ إذَا ثَبَتَ من إنْسَانٍ في
زَمَانٍ لَا يَحْتَمِلُ الثُّبُوتَ من غَيْرِهِ بَعْدَ ذلك الزَّمَانِ
هذا إذَا حَمَلَتْ الْجَارِيَةُ في مِلْكِهِمَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا أو ادَّعَيَاهُ
جميعا
فَأَمَّا إذَا كان الْعُلُوقُ قبل الشِّرَاءِ بِأَنْ اشْتَرَيَاهَا وَهِيَ حَامِلٌ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ
فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا
فَأَمَّا حُكْمُ نَسَبِ الْوَلَدِ وَصَيْرُورَةُ الْجَارِيَةِ أُمَّ وَلَدٍ له وَضَمَانُ نِصْفِ قِيمَةِ الْأُمِّ

مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا فَلَا يَخْتَلِفُ وَيَخْتَلِفُ حُكْمُ الْعُقْرِ وَالْوَلَدِ فَلَا يَجِبُ الْعُقْرُ هُنَا وَيَجِبُ هُنَاكَ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالنَّسَبِ هُنَا لَا يَكُونُ إقْرَارًا بِالْوَطْءِ لِتَيَقُّنِنَا بِعَدَمِ الْعُلُوقِ في الْمِلْكِ بِخِلَافِ الْأَوَّلِ وَالْوَلَدُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ عَبْدٍ بين شَرِيكَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا لِأَنَّ ابْتِدَاءَ الْعُلُوقِ لم يَكُنْ في مِلْكِهِ فلم يَجُزْ إسْنَادُ الدَّعْوَى إلَى حَالَةِ الْعُلُوقِ إلَّا أَنَّهُ ادَّعَى نَسَبَ وَلَدٍ بَعْضُهُ على مِلْكِهِ وَدَعْوَى الْمِلْكِ بِمَنْزِلَةِ إنْشَاءِ الْإِعْتَاقِ
وَلَوْ أَعْتَقَ هذا

الْوَلَدَ يَضْمَنُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ منه إنْ كان مُوسِرًا ولم يَضْمَنْ إنْ كان مُعْسِرًا كَذَا هذا بِخِلَافِ ما إذَا عَلِقَتْ الْجَارِيَةُ في ملكهما (((ملكها))) لِأَنَّ هُنَاكَ اسْتَنَدَتْ الدَّعْوَةُ إلَى حَالِ الْعُلُوقِ فَسَقَطَ الضَّمَانُ وَهُنَا لَا تَسْتَنِدُ فَلَا بُدَّ من إفْرَادِ الْوَلَدِ بِالضَّمَانِ وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا
وَإِنْ ادَّعَيَاهُ فَهُوَ ابْنُهُمَا وَلَا عُقْرَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا على صَاحِبِهِ كما في الْأَوَّلِ وَلَا يَفْتَرِقَانِ إلَّا في الْوَلَاءِ فَإِنْ ثَبَتَ هُنَا لَا يَثْبُتُ هُنَاكَ لِأَنَّ الدَّعْوَةَ ثَمَّةَ دَعْوَةُ الِاسْتِيلَادِ فَيُعَلَّقُ الْوَلَدُ حُرًّا وَالدَّعْوَةُ هُنَا دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ وَأَنَّهُ يُوجِبُ اسْتِحْقَاقَ الْوَلَاءِ قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ وَلَوْ كانت الْجَارِيَةُ الْمُشْتَرَاةُ زَوْجَةَ أَحَدِهِمَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ يَثْبُتُ نَسَبُهُ من الزَّوْجِ من غَيْرِ دَعْوَةٍ لِأَنَّهَا إذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَقَدْ تَيَقَّنَّا أَنَّ عُلُوقَ الْوَلَدِ كان من النِّكَاحِ وَعَقْدُ النِّكَاحِ يُوجِبُ الْفِرَاشَ بِنَفْسِهِ وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَةِ الْجَارِيَةِ لِأَنَّهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له فَصَارَ مُتَمَلِّكًا نَصِيبَ شَرِيكِهِ بِالْقِيمَةِ وَلَا يَضْمَنُ قِيمَةَ الْوَلَدِ لِأَنَّهُ عَتَقَ عليه من غَيْرِ صُنْعِهِ
وَلَوْ اشْتَرَى إخوان جَارِيَةً حَامِلًا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ منه وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَةِ الْوَلَدِ لِأَنَّ دَعْوَتَهُ دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ فإذا ادَّعَاهُ فَقَدْ حَرَّرَهُ وَالتَّحْرِيرُ إتْلَافُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ فَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ وَلَا يُعْتَقُ الْوَلَدُ على عَمِّهِ بِالْقَرَابَةِ لِأَنَّ الدَّعْوَةَ من أَخِيهِ إعْتَاقٌ حَقِيقَةً فَيُضَافُ الْعِتْقُ إلَيْهِ لَا إلَى الْقَرَابَةِ هذا إذَا وَلَدَتْ الْجَارِيَةُ الْمُشْتَرَكَةُ وَلَدًا فَادَّعَاهُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أو ادَّعَيَاهُ جميعا فَأَمَّا إذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَدًا على حِدَةٍ
فَنَقُولُ هذا في الْأَصْلِ لَا يَخْلُو إمَّا إن وَلَدَتْهُمَا في بَطْنٍ وَاحِدٍ وَإِمَّا إن وَلَدَتْهُمَا في بَطْنَيْنِ مُخْتَلِفِينَ وَالدَّعْوَتَانِ إمَّا إن خَرَجَتَا جميعا مَعًا وَإِمَّا أَنْ سَبَقَتْ إحْدَاهُمَا الْأُخْرَى فَإِنْ وَلَدَتْ الْجَارِيَةُ الْوَلَدَيْنِ في بَطْنٍ وَاحِدٍ فَإِنْ خَرَجَتْ الدَّعْوَتَانِ جميعا مَعًا ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدَيْنِ مِنْهُمَا جميعا لِأَنَّ دَعْوَةَ أَحَدِ التَّوْأَمَيْنِ دَعْوَةُ الْآخَرِ لِاسْتِحَالَةِ الْفَصْلِ بَيْنَهُمَا في النَّسَبِ لِعُلُوقِهِمَا من مَاءٍ وَاحِدٍ فَكَانَتْ دَعْوَةُ أَحَدِهِمَا دَعْوَةَ الْآخَرِ ضَرُورَةً وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا بِالدَّعْوَةِ ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدَيْنِ منه لِأَنَّهُ ثَبَتَ نَسَبُ المدعي وَمِنْ ضَرُورَتِهِ ثُبُوتُ نَسَبِ الْآخَرِ وَعَتَقَا جميعا لِعُلُوقِهِمَا حُرَّيْ الْأَصْلِ وَصَارَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له وَغَرِمَ نِصْفَ الْعُقْرِ وَنِصْفَ قِيمَةِ الْجَارِيَةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
هذا إذَا وَلَدَتْهُمَا في بَطْنٍ وَاحِدٍ فَأَمَّا إذَا وَلَدَتْهُمَا في بَطْنَيْنِ مُخْتَلِفِينَ فَإِنْ خَرَجَتْ الدَّعْوَتَانِ جميعا مَعًا ثَبَتَ نَسَبُ الْأَكْبَرِ من مُدَّعِي الْأَكْبَرِ بِلَا شَكٍّ وَصَارَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له وَغَرِمَ نِصْفَ قِيمَةِ الْجَارِيَةِ وَنِصْفَ الْعُقْرِ لِمُدَّعِي

الْأَصْغَرِ وَهَلْ يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ الْأَصْغَرِ من مُدَّعِي الْأَصْغَرِ فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَثْبُتَ إلَّا بِتَصْدِيقِ مُدَّعِي الْأَكْبَرِ وفي الِاسْتِحْسَانِ يَثْبُتُ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْجَارِيَةَ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لِمُدَّعِي الْأَكْبَرِ لِثُبُوتِ نَسَبِ الْأَكْبَرِ منه فَمُدَّعِي الْأَصْغَرِ يَدَّعِي وَلَدَ أُمِّ وَلَدِ الْغَيْرِ
وَمَنْ ادَّعَى وَلَدَ أُمِّ وَلَدِ الْغَيْرِ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ منه إلَّا بِتَصْدِيقِهِ ولم يُوجَدْ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ مُدَّعِيَ الْأَكْبَرِ غَيْرُ مُدَّعِي الْأَصْغَرِ حَيْثُ أَخَّرَ الدَّعْوَةَ إلَى دَعْوَتِهِ فَصَارَ مُدَّعِي الْأَصْغَرِ بِتَأْخِيرِ دَعْوَةِ الْأَكْبَرِ مَغْرُورًا من جِهَتِهِ وَوَلَدُ الْمَغْرُورِ ثَابِتُ النَّسَبِ حُرٌّ بِالْقِيمَةِ وَعَلَى مُدَّعِي الْأَصْغَرِ الْعُقْرُ لِمُدَّعِي الْأَكْبَرِ لَكِنَّ نَصِفَ الْعُقْرِ أو كُلَّهُ فَفِيهِ اخْتِلَافُ الرِّوَايَتَيْنِ وَالتَّوْفِيقُ بَيْنَهُمَا مُمْكِنٌ لِأَنَّ رِوَايَةَ نِصْفِ الْعُقْرِ على مُدَّعِي الْأَصْغَرِ جَوَابُ حَاصِلِ ما عليه من الْعُقْرِ بَعْدَ الْقِصَاصِ وهو النِّصْفُ
وَرِوَايَةُ الْكُلِّ بَيَانُ ما عليه قِبَلَهُ لِأَنَّ مُدَّعِيَ الْأَكْبَرِ قد غَرِمَ نِصْفَ الْعُقْرِ لِمُدَّعِي الْأَصْغَرِ فَالنِّصْفُ بِالنِّصْفِ يَلْتَقِيَانِ قِصَاصًا فَلَا يَبْقَى على مُدَّعِي الْأَصْغَرِ بَعْدَ الْمُقَاصَّةِ إلَّا النِّصْفَ فَأَمْكَنَ التَّوْفِيقُ بين الرِّوَايَتَيْنِ من هذا الْوَجْهِ وَعَلَى مُدَّعِي الْأَصْغَرِ قِيمَةُ الْوَلَدِ الْأَصْغَرِ لِأَنَّهُ وَلَدُ الْمَغْرُورِ وَوَلَدُ الْمَغْرُورِ حُرٌّ بِالْقِيمَةِ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ
فَإِذًا على مُدَّعِي الْأَصْغَرِ نِصْفُ الْعُقْرِ وَكُلُّ قِيمَةِ الْوَلَدِ وَعَلَى مُدَّعِي الْأَكْبَرِ نِصْفُ قِيمَةِ الْجَارِيَةِ لِصَيْرُورَتِهَا أُمَّ وَلَدٍ له فَيَصِيرُ نِصْفُ قِيمَةِ الْجَارِيَةِ الذي على مُدَّعِي الْأَكْبَرِ قِصَاصًا بِنِصْفِ الْعُقْرِ وَقِيمَةُ الْوَلَدِ الذي على مُدَّعِي الْأَصْغَرِ وَيَتَرَادَّانِ الْفَضْلَ
هذا إذَا خَرَجَتْ الدَّعْوَتَانِ جميعا مَعًا فَادَّعَى أَحَدُهُمَا الْأَكْبَرَ وَالْآخَرُ الْأَصْغَرَ فَأَمَّا إذَا سَبَقَ أَحَدُهُمَا بِالدَّعْوَةِ فَإِنْ ادَّعَى السَّابِقُ الْأَكْبَرَ أَوَّلًا فَقَدْ ثَبَتَ نَسَبُ الْأَكْبَرِ منه وَعَتَقَ وَصَارَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له وَغَرِمَ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَةِ الْجَارِيَةِ وَنِصْفَ الْعُقْرِ
بَعْدَ ذلك إذَا ادَّعَى الْآخَرُ الْأَصْغَرَ فَقَدْ ادَّعَى وَلَدَ أُمِّ وَلَدِ الْغَيْرِ فَلَا بُدَّ من التَّصْدِيقِ لِثَبَاتِ النَّسَبِ فَإِنْ صَدَّقَهُ ثَبَتَ النَّسَبُ وَيَكُونُ على حُكْمِ أُمِّهِ وَإِنْ كَذَّبَهُ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ
هذا إذَا ادَّعَى السَّابِقُ بِالدَّعْوَةِ الْأَكْبَرَ

أَوَّلًا
فَأَمَّا إذَا ادَّعَى الْأَصْغَرَ أَوَّلًا ثَبَتَ نَسَبُ الْأَصْغَرِ منه وَعَتَقَ وَصَارَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له وَضَمِنَ نِصْفَ قِيمَتِهَا وَنِصْفَ عُقْرِهَا لِشَرِيكِهِ الْآخَرِ وَالْأَكْبَرُ يعد رَقِيقٌ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ وَلَدُ جَارِيَةٍ مَمْلُوكَةٍ بَيْنَهُمَا لم يَدَّعِهِ أَحَدٌ فإذا ادَّعَاهُ الشَّرِيكُ الْآخَرُ بَعْدَ ذلك صَارَ كَعَبْدٍ بين اثْنَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا عَتَقَ نَصِيبُهُ وَثَبَتَ نَسَبُهُ منه وَالشَّرِيكُ الْآخَرُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُعْتِقَ قِيمَةَ نَصِيبِهِ إنْ كان مُوسِرًا وَإِنْ كان مُعْسِرًا فَلَهُ خِيَارُ الْإِعْتَاقِ وَالِاسْتِسْعَاءِ لَا غَيْرُ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا إنْ كان مُوسِرًا فَلَهُ تَضْمِينُ الْمُوسِرِ لَا غَيْرُ وَإِنْ كان مُعْسِرًا فَلَهُ الِاسْتِسْعَاءُ على ما عُلِمَ في كِتَابِ الْعَتَاقِ
وَلَوْ قال أَحَدُهُمَا الْأَكْبَرُ ابْنِي وَالْأَصْغَرُ ابن شَرِيكِي ثَبَتَ نَسَبُ الْأَكْبَرِ منه

وَصَارَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له وَضَمِنَ نِصْفَ قِيمَةِ الْجَارِيَةِ وَنِصْف الْعُقْرِ لِشَرِيكِهِ وَالْأَصْغَرُ وَلَدُ أُمِّ وَلَدِهِ أَقَرَّ بِنَسَبِهِ لِشَرِيكِهِ فَإِنْ صَدَّقَهُ شَرِيكُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ منه وَلَا يُعْتَقُ وَإِنْ كَذَّبَهُ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ

وَكَذَلِكَ لو قَدَّمَ وَأَخَّرَ بِأَنْ قال الْأَصْغَرُ ابْنِي وَالْأَكْبَرُ ابن شَرِيكِي ثَبَتَ نَسَبُ الْأَصْغَرِ منه وَنَسَبِ الْأَكْبَرِ مَوْقُوفٌ على تَصْدِيقِ شَرِيكِهِ

وَلَوْ قال أَحَدُهُمَا الْأَصْغَرُ ابْنِي وَالْأَكْبَرُ ابن شَرِيكِي أو قَدَّمَ وَأَخَّرَ فقال الْأَكْبَرُ ابن شَرِيكِي وَالْأَصْغَرُ ابْنِي ثَبَتَ نَسَبُ الْأَصْغَرِ منه وَعَتَقَ وَصَارَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له وَعَتَقَ وَضَمِنَ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَةِ الْجَارِيَةِ وَنِصْفَ الْعُقْرِ وَنَسَبُ الْأَكْبَرِ مَوْقُوفٌ على تَصْدِيقِ شَرِيكِهِ فَإِنْ صَدَّقَهُ ثَبَتَ النَّسَبِ منه وَيَغْرَمُ لِمُدَّعِي الْأَصْغَرِ نِصْفَ قِيمَةِ الْأَكْبَرِ وَإِنْ كَذَّبَهُ صَارَ كَعَبْدٍ بين شَرِيكَيْنِ شَهِدَ أَحَدُهُمَا على صَاحِبِهِ بِالْإِعْتَاقِ وَكَذَّبَهُ صَاحِبُهُ لِمَا عُلِمَ في كِتَابِ الْعَتَاقِ

وَلَوْ وَلَدَتْ جَارِيَةٌ في يَدِ إنْسَانٍ ثَلَاثَةَ أَوْلَادٍ فَادَّعَى أَحَدُهُمْ فَنَقُولُ لَا يَخْلُو إمَّا إنْ وُلِدُوا في بَطْنٍ وَاحِدٍ وَإِمَّا إنْ وُلِدُوا في بُطُونٍ مُخْتَلِفَةٍ وَلَا يَخْلُو إمَّا إنْ ادَّعَى أَحَدُهُمْ بِعَيْنِهِ وَإِمَّا إنْ ادَّعَى أَحَدُهُمْ بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَإِنْ وُلِدُوا في بَطْنٍ وَاحِدٍ فَادَّعَى أَحَدُهُمْ بِغَيْرِ عَيْنِهِ فقال أَحَدُ هَؤُلَاءِ ابْنِي أو عَيَّنَ وَاحِدًا منهم فقال هذا ابْنِي عَتَقُوا وَثَبَتَ نَسَبُ الْكُلِّ منه لِأَنَّ من ضَرُورَةِ ثُبُوتِ نَسَبِ أَحَدِهِمْ ثُبُوتُ نَسَبِ الْبَاقِينَ لِأَنَّهُمْ تَوْأَمٌ عَلِقُوا من مَاءٍ وَاحِدٍ فَلَا يُفْصَلُ بين الْبَعْضِ وَالْبَعْضِ في النَّسَبِ

وإذا ثَبَتَ نَسَبُهُمْ صَارَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له

هذا إذَا وُلِدُوا في بَطْنٍ وَاحِدٍ

وَأَمَّا إذَا وُلِدُوا في بُطُونٍ مُخْتَلِفَةٍ فقال الْأَكْبَرُ وَلَدِي ثَبَتَ نَسَبُهُ منه وَصَارَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له وَهَلْ يَثْبُتُ نَسَبُ الْأَوْسَطِ وَالْأَصْغَرِ الْقِيَاسُ أَنْ يَثْبُتَ وهو قَوْلُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَيَكُونُ حُكْمُهُمَا حُكْمَ الْأُمِّ وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا يَثْبُتُ

وَجْهُ الْقِيَاسِ ظَاهِرٌ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ نَسَبُ الْأَكْبَرِ فَقَدْ صَارَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له فَكَانَ الْأَوْسَطُ وَالْأَصْغَرُ وَلَدَ أُمِّ الْوَلَدِ وَوَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ يَثْبُتُ نَسَبُهُ من مَوْلَاهَا من غَيْرِ دَعْوَةٍ ما لم يُوجَدْ النَّفْيُ منه ولم يُوجَدْ

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ النَّفْيَ فيه وَإِنْ لم يُوجَدْ نَصًّا فَقَدْ وُجِدَ دَلَالَةً وهو الْإِقْدَامُ على تَخْصِيصِ أَحَدِهِمْ بِالدَّعْوَةِ فإن ذلك دَلِيلُ نَفْيِ الْبَوَاقِي إذْ لو لم يَكُنْ كَذَلِكَ لم يَكُنْ لِتَخْصِيصِ الْبَعْضِ مع اسْتِوَاءِ الْكُلِّ في اسْتِحْقَاقِ الدَّعْوَةِ مَعْنًى

هذا إذَا ادَّعَى الْأَكْبَرُ فَأَمَّا إذَا ادَّعَى الْأَوْسَطُ فَهُوَ حُرٌّ ثَابِتُ النَّسَبِ منه وَصَارَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له وَالْأَكْبَرُ رَقِيقٌ لِأَنَّهُ وَلَدٌ على مِلْكِهِ ولم يَدَّعِهِ أَحَدٌ وَهَلْ يَثْبُتُ نَسَبُ الْأَصْغَرِ فَهُوَ على ما ذَكَرْنَا من الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانُ

هذا إذَا ادَّعَى الْأَوْسَطُ فَأَمَّا إذَا ادَّعَى الْأَصْغَرُ فَهُوَ حُرٌّ ثَابِتُ النَّسَبِ وَالْجَارِيَةُ أُمُّ وَلَدٍ له وَالْأَكْبَرُ وَالْأَوْسَطُ رَقِيقَانِ لِمَا ذَكَرْنَا

هذا إذَا ادَّعَى أَحَدُهُمْ بِعَيْنِهِ فَأَمَّا إذَا ادَّعَى بِغَيْرِ عَيْنِهِ فقال أَحَدُ هَؤُلَاءِ ابن (((ابني))) فَإِنْ بَيَّنَ فَالْحُكْمُ فيه ما ذَكَرْنَا وَإِنْ مَاتَ قبل الْبَيَانِ عَتَقَتْ الْجَارِيَةُ بِلَا شَكٍّ لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى نَسَبَ أَحَدِهِمْ فَقَدْ أَقَرَّ أَنَّ الْجَارِيَةَ أُمَّ وَلَدٍ له وَأُمُّ الْوَلَدِ تُعْتَقُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ

وَأَمَّا حُكْمُ الْأَوْلَادِ في الْعِتْقِ فَقَدْ ذَكَرْنَا الِاخْتِلَافَ فيه بين أبي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْهِ رِضْوَانُ اللَّهِ تَعَالَى عليهم في كِتَابِ الْعَتَاقِ

عَبْدٌ صَغِيرٌ بين اثْنَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ ادَّعَاهُ الْآخَرُ ثَبَتَ نَسَبُهُ منه عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَنِصْفُ ولأنه (((ولائه))) لِلْآخَرِ وَعِنْدَهُمَا لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِنَاءً على أَنَّ الْإِعْتَاقَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ فَيَبْقَى نَصِيبُ الْمُدَّعِي على مِلْكِهِ فَتَصِحُّ دَعْوَتُهُ فيه وَعِنْدَهُمَا لَا يَتَجَزَّأُ وَيُعْتَقُ الْكُلُّ فلم يَبْقَ لِلْمُدَّعِي فيه مِلْكٌ فلم تَصِحَّ

دَعْوَتُهُ

وَإِنْ كان الْعَبْدُ كَبِيرًا فَكَذَلِكَ عِنْدَهُ لِمَا ذَكَرنَا أَنَّهُ يَبْقَى الْمِلْكُ له في نَصِيبِهِ وَعِنْدَهُمَا إنْ صَدَّقَهُ الْعَبْدُ ثَبَتَ النَّسَبُ وَإِلَّا فَلَا لِأَنَّهُ عَتَقَ كُلُّهُ بِإِعْتَاقِ الْبَعْضِ فَلَا بُدَّ من تَصْدِيقِهِ

وَيُخَرَّجُ على الْأَصْلِ الذي ذَكَرْنَا دَعْوَةُ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ وَلَدَ جَارِيَةٍ من أَكْسَابِهِ أنها تَصِحُّ وَيَثْبُتُ نَسَبُ الْوُلْدِ منه لِأَنَّ مِلْكَ الْيَدِ ثَابِتٌ له وَأَنَّهُ كَافٍ لِثَبَاتِ

النَّسَبِ وَلَوْ ادَّعَى الْمُضَارِبُ وَلَدَ جَارِيَةِ الْمُضَارَبَةِ لم تَصِحَّ دَعْوَتُهُ إذَا لم يَكُنْ في الْمُضَارِبِ رِبْحٌ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ لِثَبَاتِ النَّسَبِ من مِلْكٍ وَلَا مِلْكَ لِلْمُضَارِبِ أَصْلًا لَا مِلْكُ الذَّاتِ وَلَا مِلْكُ الْيَدِ إذَا لم يَكُنْ في الْمُضَارَبَةِ رِبْحٌ

وَلَوْ ادَّعَى وَلَدًا من جَارِيَةٍ لِمَوْلَاهُ ليس من تِجَارَتِهِ وَادَّعَى أَنَّ مَوْلَاهَا أَحَلَّهَا له أو زَوَّجَهَا منه لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ منه إلَّا بِتَصْدِيقِ الْمَوْلَى لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ عن مِلْكِ الْمَوْلَى لِانْعِدَامِ الْمِلْكِ له فيه أَصْلًا فَالْتَحَقَ بِسَائِرِ الْأَجَانِبِ إلَّا في الْحَدِّ فَإِنْ كَذَّبَهُ الْمَوْلَى ثُمَّ عَتَقَ فَمَلَكَ الْجَارِيَةَ بِوَجْهٍ من الْوُجُوهِ نَفَذَتْ دَعْوَتُهُ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِجِهَةٍ مُصَحِّحَةٍ لِلنَّسَبِ لَكِنْ تَوَقَّفَ نَفَاذُهُ لِحَقِّ الْمَوْلَى وقد زَالَ

وَلَوْ تَزَوَّجَ الْمَأْذُونُ حُرَّةً أو أَمَةً فَوَطِئَهَا ثَبَتَ النَّسَبُ منه سَوَاءٌ كان النِّكَاحُ بِإِذْنِ الْمَوْلَى أو لَا لِأَنَّ النَّسَبَ ثَبَتَ بِالنِّكَاحِ صَحِيحًا كان أو فَاسِدًا وَعَلَى هذا دَعْوَةُ الْمُكَاتَبِ وَلَدَ جَارِيَةٍ من أَكْسَابِهِ صَحِيحَةً لِأَنَّ مِلْكَ الْيَدِ وَالتَّصَرُّفِ ثَابِتٌ له كَالْمَأْذُونِ

وإذا ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ منه لم يَجُزْ بَيْعُ الْوَلَدِ وَلَا بَيْعُ الْجَارِيَةِ أَمَّا الْوَلَدُ فَلِأَنَّهُ مُكَاتَبٌ عليه وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمُكَاتَبِ وَأَمَّا الْأُمُّ فَلِأَنَّهُ له فيها حَقُّ مِلْكٍ يَنْقَلِبُ ذلك الْحَقُّ حَقِيقَةً عِنْدَ الْأَدَاءِ فَمُنِعَ من بَيْعِهَا وَالْعَبْدُ الْمُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ سَوَاءٌ في دَعْوَى النَّسَبِ وَكَذَا الْمُكَاتَبُ الْمُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ لِأَنَّ الْكُفْرَ لَا يُنَافِي النَّسَبَ

وَيَسْتَوِي في دَعْوَتِهِ الِاسْتِيلَادَ وُجُودُ الْمِلْكِ وَعَدَمُهُ عِنْدَ الدَّعْوَةِ بَعْدَ أَنْ كان الْعُلُوقُ في الْمِلْكِ فَإِنْ كان الْعُلُوقُ في غَيْرِ الْمِلْكِ كانت دَعْوَتُهُ دَعْوَةَ تَحْرِيرٍ فَيُشْتَرَطُ قِيَامُ الْمِلْكِ عِنْدَ الدَّعْوَةِ فَإِنْ كان في مِلْكِهِ يَصِحُّ وَإِنْ كان في مِلْكِ غَيْرِهِ لَا يَصِحُّ إلَّا بِشَرْطِ التَّصْدِيقِ أو الْبَيِّنَةِ فَنَقُولُ جُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الدَّعْوَةَ نَوْعَانِ دَعْوَةُ الِاسْتِيلَادِ وَدَعْوَةُ تَحْرِيرٍ فَدَعْوَةُ الِاسْتِيلَادِ هِيَ أَنْ يَكُونَ عُلُوقُ المدعي في مِلْكِ الْمُدَّعِي وَهَذِهِ الدَّعْوَةُ تَسْتَنِدُ إلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ وَتَتَضَمَّنُ الْإِقْرَارَ بِالْوَطْءِ فَيَتَبَيَّنُ أَنَّهُ عَلِقَ حُرًّا وَدَعْوَةُ التَّحْرِيرِ هو أَنْ يَكُونَ عُلُوقُ المدعي في غَيْرِ مِلْكِ الْمُدَّعِي وَهَذِهِ الدَّعْوَةُ تَقْتَصِرُ على الْحَالِ وَلَا تَتَضَمَّنُ الْإِقْرَارَ بِالْوَطْءِ لِعَدَمِ الْمِلْكِ وَقْتَ الْعُلُوقِ

وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ في مَسَائِلَ إذَا وَلَدَتْ جَارِيَةٌ في مِلْكِ رَجُلٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا فلم يَدَّعِ الْوَلَدَ حتى بَاعَ الْأُمَّ وَالْوَلَدَ ثُمَّ ادَّعَى الْوَلَدَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ وَيَثْبُتُ النَّسَبُ منه وَعَتَقَ وَظَهَرَ أَنَّ الْجَارِيَةَ أُمُّ وَلَدٍ له وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ في الْجَارِيَةِ وفي وَلَدِهَا وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وفي الْقِيَاسِ أَنْ لَا تَصِحَّ دَعْوَتُهُ وَلَا يَثْبُتَ النَّسَبُ لِعَدَمِ الْمِلْكِ وَقْتَ الدَّعْوَةِ

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ قِيَامَ الْمِلْكِ وَقْتَ الدَّعْوَةِ ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ هذه الدَّعْوَةِ بَلْ الشَّرْطُ أَنْ يَكُونَ عُلُوقُ الْوَلَدِ في الْمِلْكِ لِأَنَّ هذه الدَّعْوَةَ تَسْتَنِدُ إلَى وَقْتِ

الْعُلُوقِ فإذا كان عُلُوقُ الْوَلَدِ في مِلْكِ الْمُدَّعِي فَقَدْ ثَبَتَ له حَقُّ اسْتِحْقَاقِ النَّسَبِ وَأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْبُطْلَانَ كما لَا يَحْتَمِلُ حَقِيقَةَ النَّسَبِ فلم يَبْطُلْ الْبَيْعُ وَصَحَّتْ دَعْوَتُهُ وَظَهَرَ أَنَّ الْجَارِيَةَ كانت أُمَّ وَلَدٍ فلم يَصِحَّ بَيْعُهَا وَبَيْعُ وَلَدِهَا فَيَرُدُّهَا وَوَلَدَهَا وَيَرُدُّ الثَّمَنَ وَلَوْ لم يَدَّعِهِ الْبَائِعُ حتى خَرَجَ عن مِلْكِ الْمُشْتَرِي بِوَجْهٍ من الْوُجُوهِ يُنْظَرُ إنْ كان ذلك يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ يَفْسَخُ وَإِنْ لم يَحْتَمِلْهُ لَا يَفْسَخُ إلَّا لِضَرُورَةٍ فَنَقُولُ بَيَانُهُ إذَا كان الْمُشْتَرِي بَاعَ الْوَلَدَ أو وَهَبَهُ أو رَهْنه أو آجَرَهُ أو كَاتَبَهُ فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ نَقَضَ ذلك وَثَبَتَ النَّسَبُ لِأَنَّ هذه التَّصَرُّفَاتِ مِمَّا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَالنَّقْضَ
وَكَذَلِكَ لو كان الْمُشْتَرِي بَاعَ الْأُمَّ أو كَاتَبَهَا أو رَهَنَهَا أو آجَرَهَا أو زَوَّجَهَا لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ كان أَعْتَقَهَا أو أَعْتَقَ الْوَلَدَ لم تَصِحَّ دَعْوَةِ الْبَائِعِ
لِأَنَّ الْعِتْقَ بَعْدَ ثُبُوتِهِ لَا يَحْتَمِلُ الْبُطْلَانَ إلَّا لِضَرُورَةٍ لِأَنَّهُ يَعْقُبُهُ أثرا (((أثر))) لَا يَحْتَمِلُ الْبُطْلَانَ وهو الْوَلَاءُ
وَكَذَلِكَ لو مَاتَ الْوَلَدُ أو قُتِلَ لِأَنَّ الْمَيِّتَ مُسْتَغْنٍ عن النَّسَبِ
وَكَذَلِكَ لو كان الْمُشْتَرِي بَاعَ الْوَلَدَ فَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي أو دَبَّرَهُ أو مَاتَ عَبْدُهُ لم تَصِحَّ دَعْوَةُ الْبَائِعِ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ كان الْمُشْتَرِي أَعْتَقَ الْأُمَّ أو دَبَّرَهَا دُونَ الْوَلَدِ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ في الْوَلَدِ ولم تَصِحَّ في الْأُمِّ وَفُسِخَ الْبَيْعُ في الْوَلَدِ وَلَا يُفْسَخُ في الْأُمِّ لِأَنَّ الْمَانِعَ من الْفَسْخِ خَصَّ الْأُمَّ وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ الْوَلَدِ لَيْسَتْ من لَوَازِمِ ثَبَاتِ النَّسَبِ بَلْ تَنْفَصِلُ عنه في الْجُمْلَةِ كَمَنْ اسْتَوْلَدَ جَارِيَةَ الْغَيْرِ بِالنِّكَاحِ يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ منه وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له لِلْحَالِ إلَّا أَنْ يَمْلِكَهَا بِوَجْهٍ من الْوُجُوهِ وإذا فُسِخَ الْبَيْعُ في الْوَلَدِ يَرُدُّ الْبَائِعُ من الثَّمَنِ حِصَّةَ الْوَلَدِ فَيُقَسَّمِ الثَّمَنُ على قَدْرِ قِيمَتِهِمَا فَتُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْأُمِّ يوم الْعَقْدِ وَقِيمَةُ الْوَلَدِ يوم الْوِلَادَةِ لِأَنَّهُ إنَّمَا صَارَ وَلَدًا بِالْوِلَادَةِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمئِذٍ فَيَسْقُطُ قَدْرُ قِيمَةِ الْأُمِّ وَيَرُدُّ قَدْرَ قِيمَةِ الْوَلَدِ
وَلَوْ كانت قُطِعَتْ يَدُ الْوَلَد عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَأَخَذَ أَرْشَهَا ثُمَّ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ ثَبَتَ نَسَبُهُ وسلم الْأَرْشَ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّ هذه دَعْوَةُ الِاسْتِيلَادِ وَأَنَّهَا تَسْتَنِدُ إلَى

وَقْتِ الْعُلُوقِ وَمِنْ شَأْنِ الْمُسْتَنِدِ أَنْ يَثْبُتَ لِلْحَالِ أَوَّلًا ثُمَّ يَسْتَنِدُ فَيَسْتَدْعِي قِيَامَ الْمَحَلِّ لِلْحَالِ لِاسْتِحَالَةِ ثُبُوتِ الْحُكْمِ في الْهَالِكِ وَالْيَدُ الْمَقْطُوعَةُ هَالِكَةٌ فَلَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُ الدَّعْوَةِ فيها بِطَرِيقِ الِاسْتِنَادِ وَيَسْقُطُ عن الْبَائِعِ من الثَّمَنِ حِصَّةُ الْوَلَدِ لِأَنَّهُ سَلَّمَ الْبَدَلَ لِلْمُشْتَرِي وهو الْأَرْشُ
وَلَوْ مَاتَتْ الْأُمُّ ثُمَّ ادَّعَى الْبَائِعُ الْوَلَدَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ وَثَبَتَ النَّسَبُ لِأَنَّ مَحَلَّ النَّسَبِ قَائِمٌ وهو الْوَلَدُ وَأُمُومِيَّةُ الْوَلَدِ لَيْسَتْ من لَوَازِمِ ثُبُوتِ النَّسَبِ لِمَا تَقَدَّمَ فَثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ
وَإِنْ لم تَصِرْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له وَهَلْ يَرُدُّ جَمِيعَ الثَّمَنِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ نعم وَعِنْدَهُمَا لَا يَرُدُّ إلَّا قَدْرَ قِيمَةِ الْوَلَدِ فَتُعْتَبَرُ الْقِيمَتَانِ وَيُقَسَّمُ الثَّمَنُ على قَدْرِ قِيمَتِهِمَا فما أَصَابَ قِيمَةَ الْأُمِّ يَسْقُطُ وما أَصَابَ قِيمَةَ الْوَلَدِ يُرَدُّ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّ الْجَارِيَةَ أُمُّ وَلَدِهِ وَمَنْ بَاعَ أُمَّ وَلَدِهِ ثُمَّ هَلَكَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً

عليه عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا تَكُونُ مَضْمُونَةً عليه
وَلَقَبُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ من حَيْثُ إنَّهَا مَالٌ عِنْدَهُ
وَعِنْدَهُمَا مُتَقَوِّمَةٌ وَهِيَ من مَسَائِلِ الْعَتَاقِ
وَعَلَى هذا إذَا بَاعَهَا وَالْحَمْلُ غَيْرُ ظَاهِرٍ فَوَلَدَتْ في يَدِ الْمُشْتَرِي لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ
وَعَلَى هذا إذَا حَمَلَتْ الْجَارِيَةُ في مِلْكِهِ فَبَاعَهَا وَهِيَ حَامِلٌ فَوَلَدَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ
هذا إذَا وَلَدَتْ وَلَدًا فَأَمَّا إذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ في بَطْنٍ وَاحِدٍ فَادَّعَى الْبَائِعُ فَإِنْ ادَّعَاهُمَا ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدَيْنِ منه وَهَذَا ظَاهِرٌ
وَكَذَا إذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا صَحَّتْ دَعْوَتُهُ وَلَزِمَهُ الْوَلَدَانِ جميعا لِمَا مَرَّ أَنَّ التَّوْأَمَيْنِ لَا يَحْتَمِلَانِ الْفَصْلَ في النَّسَبِ لِانْخِلَاقِهِمَا من مَاءٍ وَاحِدٍ
فَإِنْ وَلَدَتْ أَحَدَهُمَا لِأَقَلَّ من سنة ((لِ ستة))) وَالْآخَرَ لِأَكْثَرَ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَادَّعَى أَحَدَهُمَا ثَبَتَ نَسَبُهُمَا وَيُجْعَلُ كَأَنَّهُمَا وَلَدَتْهُمَا جميعا عِنْدَ الْبَائِعِ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ لِأَنَّهُمَا كَانَا جميعا في الْبَطْنِ وَقْتَ الْبَيْعِ
وَلَوْ وَلَدَتْهُمَا عِنْدَ الْبَائِعِ فَبَاعَ أَحَدَ الْوَلَدَيْنِ مع الْأُمِّ
ثُمَّ ادَّعَى الْوَلَدَ الذي عِنْدَهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَنَسَبُ الْوَلَدِ الْمَبِيعِ أَيْضًا سَوَاءٌ كان الْمُشْتَرِي ادَّعَاهُ أو أَعْتَقَهُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُمَا لَا يَحْتَمِلَانِ الْفَصْلَ في ثَبَاتِ النَّسَبِ فَمِنْ ضَرُورَةِ ثُبُوتِ نَسَبِ أَحَدِهِمَا ثُبُوتُ نَسَبِ الْآخَرِ
وَكَذَلِكَ لو وَلَدَتْهُمَا عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَأَعْتَقَ أَحَدَهُمَا ثُمَّ ادَّعَى الْبَائِعُ الْآخَرَ ثَبَتَ نَسَبُهُمَا جميعا وَيُنْتَقَضُ الْعِتْقُ ضَرُورَةً فَرْقًا بين الْوَلَدِ وَبَيْنَ الْأُمِّ أَنَّهُ لو كان أَعْتَقَ الْأُمَّ فَادَّعَى الْبَائِعُ الْوَلَدَ لَا يُنْتَقَضُ الْعِتْقُ في الْأُمِّ وَيُنْتَقَضُ في الْوَلَدِ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ مَقْصُودًا وَإِنَّمَا يَحْتَمِلُهُ لِلضَّرُورَةِ
وفي الْوَلَدِ ضَرُورَةُ عَدَمِ الِاحْتِمَالِ لِلِانْفِصَالِ في النَّسَبِ وَلَا ضَرُورَةَ في الْأُمِّ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ أُمُومِيَّةَ الْوَلَدِ تَنْفَصِلُ عن إثْبَاتِ النَّسَبِ في الْجُمْلَةِ
وَلَوْ قُطِعَتْ يَدُ أَحَدِ الْوَلَدَيْنِ ثُمَّ ادَّعَاهُمَا الْبَائِعُ ثَبَتَ نَسَبُهُمَا وكان الْأَرْشُ لِلْمُشْتَرِي لَا لِلْبَائِعِ إلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَائِعُ الْبَيِّنَةَ على الدَّعْوَةِ قبل الْبَيْعِ فَتَكُونُ له لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ ما ثَبَتَ بِطَرِيقِ الِاسْتِنَادِ ثَبَتَ في الْحَالِ ثُمَّ يَسْتَنِدُ فَيَسْتَدْعِي قِيَامَ الْمَحَلِّ لِلْحَالِ وَالْيَدُ الْمَقْطُوعَةُ هَالِكَةٌ فَلَا يَظْهَرُ أَثَرُ الدَّعْوَةِ فيها
وَلَوْ قُتِلَ أَحَدُهُمَا ثُمَّ ادَّعَاهُمَا الْبَائِعُ ثَبَتَ نَسَبُهُمَا وَكَانَتْ قِيمَةُ الْمَقْتُولِ لِوَرَثَةِ الْمَقْتُولِ لَا لِلْمُشْتَرِي فَرْقًا بين الْقَتْلِ وَالْقَطْعِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ مَحَلَّ حُكْمِ الدَّعْوَةِ مَقْصُودًا هو النَّفْسُ وَإِنَّمَا يَظْهَرُ في الْأَطْرَافِ تَبَعًا لِلنَّفْسِ وَبِالْقَطْعِ انْقَطَعَتْ التَّبَعِيَّةُ فَلَا يَظْهَرُ حُكْمُ الدَّعْوَةِ فيها فَسَلِمَ الْأَرْشُ لِلْمُشْتَرِي وَنَفْسُ كل وَاحِدٍ من التَّوْأَمَيْنِ أَصْلٌ في حُكْمِ الدَّعْوَةِ فَمَتَى صَحَّتْ في أَحَدِهِمَا تَصِحُّ في الْآخَرِ
وَإِنْ كان مَقْتُولًا ضَرُورَةَ أَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ الْفَصْلُ بَيْنَهُمَا في النَّسَبِ وَمَتَى صَحَّتْ الدَّعْوَةُ اسْتَنَدَتْ إلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ لِأَنَّهَا دَعْوَةُ الِاسْتِيلَادِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُمَا عَلِقَا حُرَّيْنِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ لِوَرَثَةِ الْمَقْتُولِ لَا الْقِيمَةُ إلَّا أَنَّهُ وَجَبَتْ الْقِيمَةُ لِأَنَّ صِحَّةَ هذه الدَّعْوَةِ بِطَرِيقِ الِاسْتِنَادِ وَالْمُسْتَنَدِ يَكُونُ ظَاهِرًا من وَجْهٍ مُقْتَصَرًا على الْحَالِ من وَجْهٍ فَعَمِلْنَا بِالشَّبَهَيْنِ فَأَوْجَبْنَا الْقِيمَةَ عَمَلًا بِشَبَهِ الِاقْتِصَادِ
وَجَعَلْنَا الْوَاجِبَ لِوَرَثَةِ الْمَقْتُولِ عَمَلًا بِشَبَهِ الظُّهُورِ عَمَلًا بِالدَّلِيلَيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ
وَكَذَلِكَ لو أَعْتَقَ الْمُشْتَرِي أَحَدَهُمَا ثُمَّ قُتِلَ وَتَرَكَ مِيرَاثًا فَأَخَذَ دِيَتَهُ وَمِيرَاثَهُ بِالْوَلَاءِ ثُمَّ ادَّعَى الْبَائِعُ الْوَلَدَيْنِ فإنه يُقْضَى بِالْحَيِّ وَأُمِّهِ لِلْبَائِعِ وَيَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ الْمَقْتُولِ منه وَيَأْخُذُ الدِّيَةَ وَالْمِيرَاثَ من الْمُشْتَرِي لِمَا قُلْنَا
هذا إذَا وَلَدَتْ في يَدِ الْمُشْتَرِي لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ من وَقْتِ الْبَيْعِ فَإِنْ وَلَدَتْ

لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا لم تَصِحَّ دَعْوَةُ الْبَائِعُ إلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّا لم نَتَيَقَّنْ بِالْعُلُوقِ في الْمِلْكِ فلم يُمْكِنْ تَصْحِيحُ هذه الدَّعْوَةِ دَعْوَةَ اسْتِيلَادٍ فَتُصَحَّحُ دَعْوَةَ تَحْرِيرٍ وَيُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ هذه الدَّعْوَةِ قِيَامُ الْمِلْكِ لِلْمُدَّعِي وَقْتَ الدَّعْوَةِ ولم يُوجَدْ فَلَا تَصِحُّ إلَّا إذَا صَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي فَتَصِحُّ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِنَسَبِ عبد غَيْرِهِ وقد صَدَّقَهُ الْغَيْرُ في ذلك فَثَبَتَ نَسَبُهُ وَيَكُونُ عَبْدًا لِمَوْلَاهُ
وَلَوْ

(6/249)

ادَّعَى الْمُشْتَرِي نَسَبَهُ بَعْدَ تَصْدِيقِهِ الْبَائِعَ لم يَصِحَّ لِمَا مَرَّ أَنَّ النَّسَبَ مَتَى ثَبَتَ لِإِنْسَانٍ في زَمَانٍ لَا يُتَصَوَّرُ ثُبُوتُهُ من غَيْرِهِ بَعْدَ ذلك هذا كُلُّه إذَا كانت الدَّعْوَى من الْبَائِعِ فَإِنْ كانت من الْمُشْتَرِي وقد وَلَدَتْ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ وَثَبَتَ النَّسَبُ لِأَنَّ هذه دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ لَا دَعْوَةُ اسْتِيلَادٍ لِتَيَقُّنِنَا أَنَّ الْعُلُوقَ لم يَكُنْ في الْمِلْكِ فَيَسْتَدْعِي قِيَامَ الْمِلْكِ وَقْتَ الدَّعْوَةِ وقد وُجِدَ فَلَوْ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ بَعْدَ ذلك لَا تُسْمَعُ دَعْوَتُهُ لِمَا مَرَّ أَنَّ إثْبَاتَ نَسَبِ وَلَدٍ وَاحِدٍ من اثْنَيْنِ على التَّعَاقُبِ يَمْتَنِعُ وَلَوْ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي مَعًا فَدَعْوَةُ الْبَائِعِ أَوْلَى لِأَنَّ دَعْوَتَهُ دَعْوَةُ اسْتِيلَادٍ لِوُقُوعِ الْعُلُوقِ في الْمِلْكِ وَأَنَّهَا تَسْتَنِدُ إلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ وَدَعْوَةُ الْمُشْتَرِي دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ لِوُقُوعِ الْعُلُوقِ في غَيْرِ الْمِلْكِ بِيَقِينٍ وَأَنَّهَا تَقْتَصِرُ على الْحَالِ وَالْمُسْتَنِدُ أَوْلَى لِأَنَّهُ سَابِقٌ في الْمَعْنَى وَالْأَسْبَقُ أَوْلَى كَرَجُلَيْنِ ادَّعَيَا تَلَقِّيَ الْمِلْكِ من وَاحِدٍ وَتَارِيخُ أَحَدِهِمَا أَسْبَقُ كان الْأَسْبَقُ أَوْلَى كَذَا هذا
وَعَلَى هذا إذَا وَلَدَتْ أَمَةُ رَجُلٍ وَلَدًا في مِلْكِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا فَادَّعَاهُ أَبُوهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ منه سَوَاءٌ ادَّعَى شُبْهَةً أو لَا صدقة الِابْنُ في ذلك أو كَذَّبَهُ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِنَسَبِ الْوَلَدِ إقْرَارٌ بِوَطْءِ الْجَارِيَةِ ولأب (((والأب))) إذَا وطىء جَارِيَةَ ابْنِهِ من غَيْرِ نِكَاحٍ يَصِيرُ مُتَمَلِّكًا إيَّاهَا لِحَاجَتِهِ إلَى نَسَبِ وَلَدٍ يَحْيَا بِهِ ذِكْرُهُ وَلَا يَثْبُتُ النَّسَبُ إلَّا بِالْمِلْكِ وَلِلْأَبِ وِلَايَةُ تَمَلُّكِ مَالِ ابْنِهِ عِنْدَ حَاجَتِهِ إلَيْهِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَتَمَلَّكُ مَالَهُ عِنْدَ حَاجَتِهِ إلَى الْإِنْفَاقِ على نَفْسِهِ كَذَا هذا
إلَّا أَنَّ هُنَاكَ يَتَمَلَّكُ بِغَيْرِ عِوَضٍ وَهُنَا بِعِوَضٍ وهو قِيمَةُ الْجَارِيَةِ لِتَفَاوُتٍ بين الْحَاجَتَيْنِ إذْ الْحَاجَةُ هُنَاكَ إلَى إبْقَاءِ النَّفْسِ وَالْحَاجَةُ هُنَا إلَى إبْقَاءِ الذِّكْرِ وَالِاسْمِ وَالتَّمَلُّكُ بِغَيْرِ عِوَضٍ أَقْوَى من التَّمَلُّكِ بِعِوَضٍ لِأَنَّ ما قَابَلَهُ عِوَضٌ كان تَمَلُّكًا صُورَةً لَا مَعْنًى وقد دَفَعَ الشَّارِعُ كُلَّ حَاجَةٍ بِمَا يُنَاسِبُهَا فَدَفَعَ حَاجَةَ اسْتِيفَاءِ الْمُهْجَةِ بِالتَّمَلُّكِ بِغَيْرِ بَدَلٍ وَحَاجَةَ اسْتِيفَاءِ الذِّكْرِ بِالتَّمَلُّكِ بِبَدَلٍ رِعَايَةً لِلْجَانِبَيْنِ جَانِبِ الِابْنِ وَجَانِبِ الْأَبِ وَتَصْدِيقُ الِابْنِ ليس بِشَرْطٍ فَسَوَاءٌ صَدَّقَهُ الِابْنُ في الدَّعْوَى وَالْإِقْرَارِ أو كَذَّبَهُ يَثْبُتُ النَّسَبُ فَرْقًا بين هذا وَبَيْنَ الْمَوْلَى إذَا ادَّعَى وَلَدَ أَمَةِ مُكَاتَبِهِ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ منه إلَّا بِتَصْدِيقِ الْمُكَاتَبِ
وجه (((ووجه))) الْفَرْقِ ظَاهِرٌ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْمَوْلَى على مَالِ الْمُكَاتَبِ فَكَانَ أَجْنَبِيًّا عنه فَوَقَعَتْ الْحَاجَةُ إلَى تَصْدِيقِهِ وَلِلْأَبِ وِلَايَةٌ على مَالِ ابْنِهِ فَلَا يَحْتَاجُ إلَى تَصْدِيقِهِ لِصِحَّةِ هذه الدَّعْوَةِ لَكِنْ من شَرْطِ صِحَّةِ هذه الدَّعْوَةِ كَوْنُ الْجَارِيَةِ في مِلْكِ الِابْنِ من وَقْتِ الْعُلُوقِ إلَى وَقْتِ الدَّعْوَةِ حتى لو اشْتَرَاهَا الِابْنُ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَادَّعَاهُ الْأَبُ لَا تَصِحُّ دَعْوَتُهُ لِانْعِدَامِ الْمِلْكِ وَقْتَ الْعُلُوقِ وَكَذَا لو بَاعَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ في يَدِ الْمُشْتَرِي لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَادَّعَاهُ الْأَبُ لم تَصِحَّ لِانْعِدَامِ الْمِلْكِ وَقْتَ الدَّعْوَةِ

وَكَذَا لو كان الْعُلُوقُ في مِلْكِهِ وَوَلَدَتْ في مِلْكِهِ وَخَرَجَتْ عن مِلْكِهِ فِيمَا بَيْنَهُمَا لِانْقِطَاعِ الْمِلْكِ فِيمَا بَيْنَهُمَا ثُمَّ إنَّمَا كان قِيَامُ الْمِلْكِ لِلِابْنِ في الْجَارِيَةِ من وَقْتِ الْعُلُوقِ إلَى وَقْتِ الدَّعْوَةِ شَرْطًا لِصِحَّةِ هذه الدَّعْوَةِ لِأَنَّ الْمِلْكَ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا إلَى زَمَانِ الْعُلُوقِ وَلَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ إلَّا بِالتَّمَلُّكِ وَلَا تَمَلُّكَ إلَّا بِوِلَايَةِ التَّمَلُّكِ لِأَنَّ تَمَلُّكَ مَالِ الْإِنْسَانِ عليه كُرْهًا وَتَنْفِيذَ التَّصَرُّفِ عليه جَبْرًا لَا يَكُونُ إلَّا بِالْوِلَايَةِ فَلَا بُدَّ من قِيَامِ الْوِلَايَةِ فإذا لم تَكُنْ الْجَارِيَةُ في مِلْكِهِ من وَقْتِ الْعُلُوقِ إلَى وَقْتِ الدَّعْوَةِ لم تَتِمَّ الْوِلَايَةُ فَلَا يَسْتَنِدُ الْمِلْكُ وَكَذَلِكَ الْأَبُ لو كان كَافِرًا أو عَبْدًا فَادَّعَى لَا تَصِحُّ دَعْوَتُهُ لِأَنَّ الْكُفْرَ وَالرِّقَّ يَنْفِيَانِ الْوِلَايَةَ

وَلَوْ كان كَافِرًا فَأَسْلَمَ أو عَبْدًا فَأُعْتِقَ فَادَّعَى نُظِرَ في ذلك إنْ وَلَدَتْ بَعْدَ الْإِسْلَامِ أو الْإِعْتَاقِ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ لم تَصِحَّ دَعْوَته لِانْعِدَامِ وِلَايَةِ التَّمَلُّكِ وَقْتَ الْعُلُوقِ وَإِنْ وَلَدَتْ لِسِتَّةٍ فَصَاعِدًا صَحَّتْ دَعْوَتُهُ وَيَثْبُتُ النَّسَبُ لِقِيَامِ الْوِلَايَةِ

وَلَوْ كان مَعْتُوهًا فَأَفَاقَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَصِحَّ لِأَنَّ الْجُنُونَ مُنَافٍ لِلْوِلَايَةِ بِمَنْزِلَةِ الْكُفْرِ وَالرِّقِّ

ووجه (((وجه))) الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْجُنُونَ أَمْرٌ عَارِضٌ كَالْإِغْمَاءِ وَكُلُّ عَارِضٍ على أَصْلٍ إذَا زَالَ يُلْتَحَقُ بِالْعَدَمِ من الْأَصْلِ كَأَنَّهُ لم يَكُنْ كما لو أُغْمِيَ عليه ثُمَّ أَفَاقَ وَلَوْ كان مُرْتَدًّا فَادَّعَى وَلَدَ جَارِيَةِ ابْنِهِ فَدَعْوَتُهُ مَوْقُوفَةٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِتَوَقُّفِ وِلَايَتِهِ وَعِنْدَهُمَا صَحِيحَةٌ لِنَفَاذِ وِلَايَتِهِ بِنَاءً على أَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ مَوْقُوفَةٌ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا نَافِذَةٌ وإذا ثَبَتَ الْوَلَدُ من الْأَبِ فَنَقُولُ صَارَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ وَلَا عُقْرَ عليه عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رَحِمَهُمْ اللَّهُ تَعَالَى وَعِنْدَ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يَجِبُ عليه الْعُقْرُ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمِلْكَ ثَبَتَ شَرْطًا لِصِحَّةِ الِاسْتِيلَادِ وَالِاسْتِيلَادُ إيلَاجُ مَنْزِلٍ مُعَلَّقٍ فَكَانَ الْفِعْلُ قبل الْإِنْزَالِ خَالِيًا عن الْمِلْكِ فَيُوجِبُ الْعُقْرَ

وَلِهَذَا يُوجِبُ نِصْفَ الْعُقْرِ في الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ بين الْأَجْنَبِيَّيْنِ إذَا جَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا لِأَنَّ

الْوَطْءَ في نَصِيبِ شَرِيكِهِ حَصَلَ في غَيْرِ الْمِلْكِ فَيُوجِبُ نِصْفَ الْعُقْرِ

وَلَنَا أَنَّ الْإِيلَاجَ الْمُنْزِلَ الْمُعَلَّقَ من أَوَّلِهِ إلَى آخر (((آخره))) إيلَاجٌ وَاحِدٌ فَكَانَ من أَوَّلِهِ إلَى آخِرِهِ اسْتِيلَادًا فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَتَقَدَّمَهُ الْمِلْكُ أو يُقَارِنَهُ على جَارِيَةٍ مَمْلُوكَةٍ لِنَفْسِهِ فَلَا عُقْرَ بِخِلَافِ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ لِأَنَّ ثَمَّةَ لم يَكُنْ نَصِيبُ الشَّرِيكِ شَرْطًا لِصِحَّةِ الِاسْتِيلَادِ وَثَبَاتُ النَّسَبِ لِأَنَّ نِصْفَ الْجَارِيَةِ مِلْكُهُ وَقِيَامُ أَصْلِ الْمِلْكِ يَكْفِي لِذَلِكَ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ حُكْمًا لِلثَّابِتِ في نَصِيبِهِ قَضِيَّةً لِلنَّسَبِ ضَرُورَةَ أَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ وَحُكْمُ الشَّيْءِ لَا يَسْبِقُهُ بَلْ يَتَعَقَّبُهُ فَوَطْءُ الْمُدَّعِي صَادَفَ نَصِيبَهُ وَنَصِيبَ شَرِيكِهِ وَلَا مِلْكَ له في نَصِيبِ شَرِيكِهِ وَالْوَطْءُ في غَيْرِ الْمِلْكِ يُوجِبُ الْحَدَّ إلَّا أَنَّهُ سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ فَوَجَبَ الْعُقْرُ وَهُنَا التَّمَلُّكُ ثَبَتَ شَرْطًا لِثُبُوتِ النَّسَبِ وَصِحَّةِ الِاسْتِيلَادِ وَشَرْطُ الشَّيْءِ يَكُونُ سَابِقًا عليه أو مُقَارِنًا له فَالْوَطْءُ صَادَفَ مِلْكَ نَفْسِهِ فَلَا يُوجِبُ الْعُقْرَ وَلَا يَضْمَنُ قِيمَةَ الْوَلَدِ أَيْضًا لِأَنَّهُ عَلِقَ حُرًّا

وَإِنْ كانت الْجَارِيَةُ مَمْلُوكَةً لَا وَلَاءَ عليه لِأَنَّ ذلك حُكْمُ الْإِعْتَاقِ فَيَسْتَدْعِي تَقَدُّمَ

الرِّقِّ ولم يُوجَدْ وَدَعْوَةُ الْجَدِّ أبي الْأَبِ وَلَدَ جَارِيَةِ ابْنِ الِابْنِ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَةِ الْأَبِ عِنْدَ انْعِدَامِهِ أو عِنْدَ انْعِدَامِ وِلَايَتِهِ
فَأَمَّا عِنْدَ قِيَامِ وِلَايَتِهِ فَلَا حتى لو كان الْجَدُّ نَصْرَانِيًّا وَحَافِدُهُ مِثْلُهُ وَالْأَبُ مُسْلِمٌ لم تَصِحَّ دَعْوَةُ الْجَدِّ لِقِيَامِ وِلَايَةِ الْأَبِ
وَإِنْ كان مَيِّتًا أو كان كَافِرًا أو عَبْدًا تَصِحُّ دَعْوَةُ الْجَدِّ لِانْقِطَاعِ وِلَايَةِ الْأَبِ وَكَذَا إذَا كان الْأَبُ مَعْتُوهًا من وَقْتِ الْعُلُوقِ إلَى وَقْتِ الدَّعْوَةِ صَحَّتْ دَعْوَةُ الْجَدِّ لِمَا قُلْنَا فَإِنْ أَفَاقَ ثُمَّ ادَّعَى الْجَدُّ لم تَصِحَّ دَعْوَتُهُ لِأَنَّهُ لَمَّا أَفَاقَ فَقَدْ الْتَحَقَ الْعَارِضُ بِالْعَدَمِ من الْأَصْلِ فَعَادَتْ وِلَايَةُ الْأَبِ فَسَقَطَتْ وِلَايَةُ الْجَدِّ
وَلَوْ كان الْأَبُ مُرْتَدًّا فَدَعْوَةُ الْجَدِّ مَوْقُوفَةٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنْ قُتِلَ على الرِّدَّةِ أو مَاتَ صَحَّتْ دَعْوَةُ الْجَدِّ وَإِنْ أَسْلَمَ لم تَصِحَّ لِتَوَقُّفِ ولَايَتِهِ عِنْدَهُ كَتَوَقُّفِ تَصَرُّفَاتِهِ وَعِنْدَهُمَا لَا تَصِحُّ دَعْوَةُ الْجَدِّ لِأَنَّ تَصَرُّفَاتِهِ عِنْدَهُمَا نَافِذَةٌ فَكَانَتْ وِلَايَتُهُ قَائِمَةً
هذا إذَا وطىء الْأَبُ جَارِيَةَ الِابْنِ من غَيْرِ نِكَاحٍ
فَأَمَّا إذَا وَطِئَهَا بِالنِّكَاحِ ثَبَتَ النَّسَبُ من غَيْرِ دَعْوَةٍ سَوَاءٌ وَطِئَهَا بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ أو فَاسِدٍ لِأَنَّ النِّكَاحَ يُوجِبُ الْفِرَاشَ بِنَفْسِهِ صَحِيحًا كان أو فَاسِدًا وَلَا يَتَمَلَّكُ الْجَارِيَةَ لِأَنَّهُ وَطِئَهَا على مِلْكِ الِابْنِ بِعَقْدِ النِّكَاحِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ هذا النِّكَاحُ لِمَا عُلِمَ في كِتَابِ النِّكَاحِ وَيُعْتَقُ الْوَلَدُ على أَخِيهِ بِالْقَرَابَةِ لِأَنَّ النَّسَبَ إنَّمَا يَثْبُتُ بِعَقْدِ النِّكَاحِ لَا بملك (((بملك))) الْيَمِينِ فَبَقِيَتْ الْجَارِيَةُ على مِلْكِ الِابْنِ وقد مَلَكَ الِابْنُ أَخَاهُ فَيُعْتَقُ عليه فَإِنْ مَلَكَ الْأَبُ الْجَارِيَةَ بِوَجْهٍ من الْوُجُوهِ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له لِوُجُودِ سَبَبِ أُمُومِيَّةِ الْوَلَدِ وهو ثَبَاتُ النَّسَبِ إلَّا أَنَّهُ تَوَقَّفَ حُكْمُهُ على وُجُودِ الْمِلْكِ فإذا مَلَكَهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له
هذا كُلُّهُ إذَا ادَّعَى الْأَبُ وَلَدَ جَارِيَةِ ابْنِهِ فَأَمَّا إذَا ادَّعَى وَلَدَ أُمِّ وَلَدِهِ أو مُدَبَّرَتِهِ بِأَنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ فَنَفَاهُ الِابْنُ حتى انْتَفَى نَسَبُهُ منه ثُمَّ ادَّعَاهُ الْأَبُ لم يَثْبُتْ نَسَبُهُ منه في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَعَلَيْهِ نِصْفُ الْعُقْرِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ فَرَّقَ بين وَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ وَبَيْنَ وَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ فقال لَا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ من الْأَبِ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ الْوَلَدِ وَالْعُقْرِ وَالْوَلَاءِ لِلِابْنِ
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ اثبات النَّسَبِ لَا يَقِفُ على مِلْكِ الْجَارِيَةِ لَا مَحَالَةَ فَإِنْ نَسَبَ ولد (((ولدا))) الأم (((لأمة))) الْمَنْكُوحَةِ يَثْبُتُ من الزَّوْجِ وَالْأَمَةُ مِلْكُ الْمَوْلَى
وَأَمَّا الْقِيمَةُ فَلِأَنَّهُ وَلَدٌ ثَابِتُ النَّسَبِ عَلِقَ حُرًّا فَأَشْبَهَ وَلَدَ الْمَغْرُورِ فَيَكُونُ حُرًّا بِالْقِيمَةِ وَالْوَلَاءُ لِلِابْنِ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّهُ بِالتَّدْبِيرِ وَأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ بَعْدَ الِاسْتِحْقَاقِ بِخِلَافِ وَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ لِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ فِرَاشٌ لِمَوْلَاهَا فَكَانَ الْوَلَدُ مَوْلُودًا على فِرَاشِ الِابْنِ وَالْمَوْلُودُ على فِرَاشِ إنْسَانٍ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ من غَيْرِهِ وَإِنْ انْتَفَى عنه بِالنَّفْيِ كما في اللِّعَانِ وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يَثْبُتُ إلَّا بِالْمِلْكِ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرَةُ لَا يَحْتَمِلَانِ التَّمَلُّكَ وَيَضْمَنُ الْعُقْرَ لِأَنَّهُ إذَا لم يَتَمَلَّكْهَا فَقَدْ حَصَلَ الْوَطْءُ في غَيْرِ الْمِلْكِ وقد سَقَطَ الْحَدُّ لِلشُّبْهَةِ فَيَجِبُ الْعُقْرُ
هذا إذَا لم يُصَدِّقْهُ الِابْنُ في الدَّعْوَى بعد ما نَفَاهُ فَإِنْ صَدَّقَهُ ثَبَتَ النَّسَبُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ نَسَبَ وَلَدِ جَارِيَةِ الْأَجْنَبِيِّ يَثْبُتُ من الْمُدَّعِي بِتَصْدِيقِهِ في النَّسَبِ فَنَسَبُ وَلَدِ جَارِيَةِ الِابْنِ أَوْلَى وَيُعْتَقُ على الِابْنِ لِأَنَّ أَخَاهُ مَلَكَهُ وَوَلَاؤُهُ له لِأَنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ وَلَوْ ادَّعَى وَلَدَ مُكَاتَبَةِ ابْنِهِ لم يَثْبُتْ نَسَبُهُ منه لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يَثْبُتُ بِدُونِ الْمِلْكِ وَالْمُكَاتَبَةُ لَا تَحْتَمِلُ التَّمَلُّكَ فَلَا تَصِحُّ دَعْوَتُهُ إلَّا إذَا عَجَزَتْ فَتَنْفُذُ دَعْوَتُهُ لِأَنَّهَا إذَا عَجَزَتْ فَقَدْ عَادَتْ قنا (((قنا))) وَجُعِلَ الْمُعَارِضُ

كَالْعَدَمِ من الْأَصْلِ فَصَارَ كما لو ادَّعَى قبل الْكِتَابَةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَظْهَرُ بِهِ النَّسَبُ فَالنَّسَبُ يَظْهَرُ بِالدَّعْوَةِ مَرَّةً وَبِالْبَيِّنَةِ أُخْرَى أَمَّا ظُهُورُ النَّسَبِ بِالدَّعْوَةِ فَيَسْتَدْعِي شَرَائِطَ صِحَّةِ الدَّعْوَةِ وَالْإِقْرَارِ بِالنَّسَبِ وَسَنَذْكُرُهُ في كِتَابِ الْإِقْرَارِ إلَّا أَنَّهُ قد يَظْهَرُ بِنَفْسِ الدَّعْوَةِ وقد لَا يَظْهَرُ إلَّا بِشَرِيطَةِ التَّصْدِيقِ فَنَقُولُ جُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ المدعي نَسَبُهُ إمَّا أَنْ يَكُونَ في يَدِ نَفْسِهِ وَإِمَّا أَنْ لَا يَكُونَ فَإِنْ كان في يَدِ نَفْسِهِ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ من الْمُدَّعِي إلَّا إذَا صَدَّقَهُ لِأَنَّهُ إذا كان في يَدِ نَفْسِهِ فَإِقْرَارُهُ يَتَضَمَّنُ إبْطَالَ يَدِهِ فَلَا تَبْطُلُ إلَّا بِرِضَاهُ وَإِنْ لم يَكُنْ في يَدِ نَفْسِهِ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا وَإِمَّا إن لم يَكُنْ فَإِنْ كان مَمْلُوكًا يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِنَفْسِ الدَّعْوَةِ إذَا كان في مِلْكِ الْمُدَّعِي وَقْتَ الدَّعْوَةِ وَإِنْ كان في مِلْكِ غَيْرِهِ عِنْدَ الدَّعْوَةِ فَإِنْ كان عُلُوقُهُ في مِلْكِ الْمُدَّعِي ثَبَتَ نَسَبُهُ بِنَفْسِ الدَّعْوَةِ أَيْضًا وَإِنْ لم يَكُنْ عُلُوقُهُ في مِلْكِهِ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ إلَّا بِتَصْدِيقِ الْمَالِكِ على ما ذَكَرنَا وَإِنْ لم يَكُنْ مَمْلُوكًا فأما إنْ لم يَكُنْ في يَدِ أَحَدٍ لَا في يَدِ غَيْرِهِ وَلَا في يَدِ نَفْسِهِ كَالصَّبِيِّ الْمَنْبُوذِ وأما إنْ كان في يَدِ أَحَدٍ كَاللَّقِيطِ فَإِنْ لم يَكُنْ في يَدِ أَحَدٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ بِنَفْسِ الدَّعْوَةِ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَثْبُتَ

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُ ادَّعَى أَمْرًا جَائِزَ الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ فَلَا بُدَّ لِتَرْجِيحِ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ من مُرَجِّحٍ ولم يُوجَدْ فلم تَصِحَّ الدَّعْوَةُ

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ عَاقِلٌ أَخْبَرَ بِمَا هو مُحْتَمَلُ الثُّبُوتِ وَكُلُّ عَاقِلٍ أَخْبَرَ بِمَا يَحْتَمِلُ الثُّبُوتَ يَجِبُ تَصْدِيقُهُ تَحْسِينًا لِلظَّنِّ بِهِ وهو الْأَصْلُ إلَّا إذَا كان في تَصْدِيقِهِ ضَرَرٌ بِالْغَيْرِ وَهُنَا في التَّصْدِيقِ نَظَرٌ من الْجَانِبَيْنِ جَانِبِ اللَّقِيطِ بِالْوُصُولِ إلَى شَرَفِ النَّسَبِ وَالْحَضَانَةِ وَالتَّرْبِيَةِ وَجَانِبِ الْمُدَّعِي بِوَلَدٍ يَسْتَعِينُ بِهِ على مَصَالِحِهِ الدِّينِيَّةِ وَالدُّنْيَوِيَّةِ وَتَصْدِيقُ الْعَاقِلِ في دَعْوَى ما يَنْتَفِعُ بِهِ وَلَا يَتَضَرَّرُ غَيْرُهُ بِهِ وَاجِبٌ وَلَوْ ادَّعَاهُ رَجُلَانِ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَثْبُتُ إلَّا من أَحَدِهِمَا وَيَتَعَيَّنُ بِقَبُولِ الْقَافَةِ على ما ذَكَرنَا

وَلَوْ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ من رَجُلَيْنِ فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ من خَمْسَةٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ من اثْنَيْنِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ من ثَلَاثَةٍ وقد مَرَّتْ الْمَسْأَلَةُ وَلَوْ ادَّعَتْهُ امْرَأَتَانِ صَحَّتْ دَعْوَتُهُمَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا تَصِحُّ وَسَنَذْكُرُ الْحُجَجَ من بَعْدُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

هذا إذَا لم يَكُنْ في يَدِ أَحَدٍ فَإِنْ كان وهو اللَّقِيطُ ثَبَتَ نَسَبُهُ من الْمُلْتَقِطِ بِنَفْسِ الدَّعْوَةِ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَثْبُتَ إلَّا بِالْبَيِّنَةِ وقد ذَكَرنَا وَجْهَهُمَا فِيمَا تَقَدَّمَ

وَكَذَا من الْخَارِجِ صَدَّقَهُ الْمُلْتَقِطُ في ذلك أو لَا اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَثْبُتَ إذَا كَذَّبَهُ

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ هذا إقْرَارٌ تَضَمَّنَ إبْطَالَ يَدِ الْمُلْتَقِطِ لِأَنَّ يَدَهُ عليه ثَابِتَةٌ حَقِيقَةً وَشَرْعًا حتى لو أَرَادَ غَيْرُهُ أَنْ يَنْزِعَهُ من يَدِهِ جَبْرًا لِيَحْفَظَهُ ليس له ذلك وَالْإِقْرَارُ إذَا تَضَمَّنَ إبْطَالَ الْغَيْرِ لَا يَصِحُّ

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ يَدَ الْمُدَّعِي أَنْفَعُ لِلصَّبِيِّ من يَدِ الْمُلْتَقِطِ لِأَنَّهُ يَقُومُ

بِحَضَانَتِهِ وَتَرْبِيَتِهِ وَيَتَشَرَّفُ بِالنَّسَبِ فَكَانَ الْمُدَّعِي بِهِ أَوْلَى وَسَوَاءٌ كان الْمُدَّعِي مُسْلِمًا أو ذِمِّيًّا اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَصِحَّ دَعْوَةُ الذِّمِّيِّ
وَوَجْهُهُ أَنَّا لو صَحَّحْنَا دَعْوَتَهُ وَأَثْبَتنَا نَسَبَ الْوَلَدِ منه لَلَزِمَنَا اسْتِتْبَاعُهُ في دِينِهِ وَهَذَا يَضُرُّ فَلَا تَصِحُّ دَعْوَتُهُ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ ادَّعَى أَمْرَيْنِ يَنْفَصِلُ أَحَدُهُمَا عن الْآخَرِ في الْجُمْلَةِ وهو النَّسَبُ وَالتَّبَعِيَّةُ في الدِّينِ إذْ ليس من ضَرُورَةِ كَوْنِ الْوَلَدِ منه أَنْ يَكُونَ على دِينِهِ
أَلَا يُرَى أَنَّهُ لو أَسْلَمَتْ أُمُّهُ يَحْكُمُ بِإِسْلَامِهِ وَإِنْ كان أَبُوهُ كَافِرًا فَيُصَدَّقُ فِيمَا يَنْفَعُهُ وَلَا يُصَدَّقُ فِيمَا يَضُرُّهُ وَيَكُونُ مُسْلِمًا
وَذَكَرَ في النَّوَادِرِ أَنَّ من الْتَقَطَ لَقِيطًا فَادَّعَاهُ نَصْرَانِيٌّ فَهُوَ ابْنُهُ ثُمَّ إنْ كان عليه زِيُّ الْمُسْلِمِينَ فَهُوَ مُسْلِمٌ
وَإِنْ كان عليه زِيُّ الشِّرْكِ بِأَنْ يَكُونَ في رَقَبَتِهِ صَلِيبٌ وَنَحْوُ ذلك فَهُوَ على دِينِ النَّصَارَى
هذا إذَا أَقَرَّ الذِّمِّيُّ أَنَّهُ ابْنُهُ فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على ذلك فَإِنْ كان الشُّهُودُ من أَهْلِ الذِّمَّةِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ في اسْتِتْبَاعِ الْوَلَدِ في دِينِهِ لِأَنَّ هذه شَهَادَةٌ تَضَمَّنَتْ إبْطَالَ يَدِ الْمُسْلِمِ وهو الْمُلْتَقِطُ فَكَانَتْ شَهَادَةً على الْمُسْلِمِ فَلَا تُقْبَلُ وَإِنْ كَانُوا من الْمُسْلِمِينَ تُقْبَلُ وَيَكُونُ الْوَلَدُ على دِينِهِ فَرْقًا بين الْإِقْرَارِ وَبَيْنَ الْبَيِّنَةِ وَذَلِكَ أَنَّهُ مُتَّهَمٌ في إقْرَارِهِ وَلَا تُهْمَةَ في الشَّهَادَةِ وَسَوَاءٌ كان الْمُدَّعِي حُرًّا أو عَبْدًا لِأَنَّهُ ادَّعَى شَيْئَيْنِ أَحَدُهُمَا يَحْتَمِلُ الْفَصْلَ على الْآخَرِ وهو النَّسَبُ وَالرِّقّ فَيُصَدَّقُ فِيمَا يَنْفَعُهُ وَلَا يُصَدَّقُ فِيمَا يَضُرُّهُ
وَلَوْ ادَّعَاهُ الْخَارِجُ وَالْمُلْتَقِطُ مَعًا فَالْمُلْتَقِطُ أَوْلَى لِاسْتِوَائِهِمَا في الدَّعْوَةِ وَنَفْعِ الصَّبِيِّ فَتُرَجَّحُ بِالْيَدِ فَإِنْ سَبَقَتْ دَعْوَةُ الْمُلْتَقِطِ لَا تَسْمَعُ دَعْوَةَ الْخَارِجِ لِأَنَّهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ منه فَلَا يُتَصَوَّرُ ثُبُوتُهُ من غَيْرِهِ بَعْدَ ذلك إلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ لِأَنَّ الدَّعْوَةَ لَا تُعَارِضُ الْبَيِّنَةَ
وَلَوْ ادَّعَاهُ خَارِجَانِ فَإِنْ كان

أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا وَالْآخَر ذِمِّيًّا فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى لِأَنَّهُ يَتْبَعُهُ في الْإِسْلَامِ فَكَانَ أَنْفَعَ لِلصَّبِيِّ وَكَذَا إذَا ادَّعَتْهُ مُسْلِمَةٌ وَذِمِّيَّةٌ فَالْمُسْلِمَةُ أَوْلَى وَلَوْ شَهِدَ لِلذِّمِّيِّ مُسْلِمَانِ وَلِلْمُسْلِمِ ذِمِّيَّانِ فَهُوَ لِلْمُسْلِمِ لِأَنَّ الْحُجَّتَيْنِ وَإِنْ تَعَارَضَتَا فَإِسْلَامُ الْمُدَّعِي كَافٍ لِلتَّرْجِيحِ
وَلَوْ كان أَحَدُهُمَا حُرًّا وَالْآخَرُ عَبْدًا فَالْحُرُّ أَوْلَى لِأَنَّهُ أَنْفَعُ لِلَّقِيطِ وَإِنْ كَانَا حُرَّيْنِ مُسْلِمَيْنِ فَإِنْ ذَكَرَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً في بَدَنِ اللَّقِيطِ ولم يذكر الْآخَرُ فَوَافَقَتْ دَعْوَتُهُ الْعَلَامَةَ فَصَاحِبُهَا أَوْلَى لِرُجْحَانِ دَعْوَاهُ بِالْعَلَامَةِ لِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِالتَّرْجِيحِ بِالْعَلَامَةِ في الْجُمْلَةِ
قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى في قِصَّةِ سَيِّدِنَا يُوسُفَ عليه أَفْضَلُ التَّحِيَّةِ { وَشَهِدَ شَاهِدٌ من أَهْلِهَا إنْ كان قَمِيصُهُ قُدَّ من قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وهو من الْكَاذِبِينَ وَإِنْ كان قَمِيصُهُ قُدَّ من دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وهو من الصَّادِقِينَ فلما رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ من دُبُرٍ قال إنَّهُ من كَيْدِكُنَّ إنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ } جَعَلَ قَدَّ الْقَمِيصِ من خَلْفٍ دَلِيلَ مُرَاوَدَتِهَا إيَّاهُ لِمَا أَنَّ ذلك عَلَامَةُ جَذْبِهَا إيَّاهُ إلَى نَفْسِهَا وَالْقَدُّ من قُدَّامٍ عَلَامَةَ

دَفْعِهَا إيَّاهُ عن نَفْسِهَا
وَكَذَلِكَ قال أَصْحَابُنَا في لُؤْلُئِيٍّ وَدَبَّاغٍ في حَانُوتٍ وَاحِدٍ هو في أَيْدِيهِمَا فيه لُؤْلُؤٌ وَإِهَابٍ فَتَنَازَعَا إنه فِيهِمَا يقضي بِاللُّؤْلُؤِ لِلُّؤْلُئِيِّ وَبِالْإِهَابِ لِلدَّبَّاغِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يَشْهَدُ بِاللُّؤْلُؤِ لِلُّؤْلُئِيِّ وَبِالْإِهَابِ لِلدَّبَّاغِ
وَكَذَلِكَ قالوا في الزَّوْجَيْنِ اخْتَلَفَا في مَتَاعِ الْبَيْتِ أَنَّ ما يَكُونُ لِلرِّجَالِ يَجْعَلُ في يَدِ الزَّوْجِ وما يَكُونُ لِلنِّسَاءِ يُجْعَلُ في يَدِهَا وَنَحْوُ ذلك من الْمَسَائِلِ بِنَاءً على ظَاهِرِ الْحَالِ وَغَالِبِ الْأَمْرِ كَذَا هذا فَإِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا عَلَامَاتٍ في هذا اللَّقِيطِ فَوَافَقَ الْبَعْضَ وَخَالَفَ الْبَعْضَ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ وَقَعَ التَّعَارُضُ في الْعَلَامَاتِ فَسَقَطَ التَّرْجِيحُ بها كَأَنْ سَكَتَ عن ذِكْرِ الْعَلَامَةِ رَأْسًا وَإِنْ لم يذكر أَحَدُهُمَا عَلَامَةً أَصْلًا وَلَكِنْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ فإن (((فإنه))) يُقْضَى له لِأَنَّ الدَّعْوَةَ لَا تُعَارِضُ الْبَيِّنَةَ وَإِنْ لم يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا جميعا وَهَذَا عِنْدَنَا لِاسْتِوَائِهِمَا في الدَّعْوَةِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ إلَّا من أَحَدِهِمَا وَيَتَعَيَّنُ بِقَوْلِ الْقَافَةِ على ما ذَكَرْنَا
وَالْكَلَامُ مع الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَقَدَّمَ
وَلَوْ كان الْمُدَّعِي أَكْثَرَ من رَجُلَيْنِ فَهُوَ على الْخِلَافِ الذي ذَكَرْنَاهُ في الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ
وَلَوْ قال أَحَدُ الْمُدَّعِيَيْنِ هو ابْنِي وهو غُلَامٌ فإذا هو جَارِيَةٌ لم يُصَدَّقْ لِأَنَّهُ ظَهَرَ كَذِبُهُ بِيَقِينٍ
وَلَوْ قال أَحَدُهُمَا هو ابْنِي
وقال الْآخَرُ هو ابْنَتِي فإذا هو خُنْثَى يُحَكَّمُ مَبَالُهُ فَإِنْ كان يَبُولُ من مَبَالِ الرِّجَالِ فَهُوَ ابن مُدَّعِي الْبُنُوَّةِ وَإِنْ كان يَبُولُ من مَبَالِ النِّسَاءِ فَهِيَ ابْنَةُ مُدَّعِي الْبِنْتِيَّةِ
وَإِنْ كان يَبُولُ مِنْهُمَا جميعا يُعْتَبَرُ السَّبْقُ فَإِنْ اسْتَوَيَا في السَّبْقِ فَهُوَ مُشْكَلٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا تُعْتَبَرُ كَثْرَةُ الْبَوْلِ فَإِنْ اسْتَوَيَا في ذلك فَهُوَ مُشْكِلٌ لِأَنَّ هذا حُكْمُ الْخُنْثَى وَيَنْبَغِي أَنْ يَثْبُتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا جميعا
وَلَوْ قال الْمُلْتَقِطُ هو ابْنِي من زَوْجَتِي هذه فَصَدَّقَتْهُ فَهُوَ ابْنُهُمَا حُرَّةً كانت أو أَمَةً غير أنها إنْ كانت حُرَّةً كان الِابْنُ حُرًّا بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كانت أَمَةً كان مِلْكًا لِمَوْلَى الْأَمَةِ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَكُونُ حُرًّا
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ نَسَبَهُ وَإِنْ ثَبَتَ من الْأَمَةِ لَكِنْ في جَعْلِهِ تَبَعًا لها في الرِّقِّ مَضَرَّةٌ بِالصَّبِيِّ وفي جَعْلِهِ حُرًّا مَنْفَعَةٌ له فَيَتْبَعُهَا فِيمَا يَنْفَعُهُ وَلَا يَتْبَعُهَا فِيمَا يَضُرُّهُ كَالذِّمِّيِّ إذَا ادَّعَى نَسَبَ لَقِيطٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ منه لَكِنْ لَا يَتْبَعُهُ فِيمَا يَضُرُّهُ وهو دِينُهُ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الْوَلَدَ يَتْبَعُ الْأُمَّ في الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ فَكَانَ من ضَرُورَةِ ثُبُوتِ النَّسَبِ منها أَنْ يَكُونَ رَقِيقًا وَالرِّقُّ وَإِنْ كان يَضُرُّهُ فَهُوَ ضَرَرٌ يَلْحَقُهُ ضَرُورَةَ غَيْرِهِ فَلَا يُعْتَبَرُ وَلَوْ ادَّعَتْهُ امْرَأَةٌ أَنَّهُ ابْنُهَا وَهِيَ حُرَّةٌ أو أَمَةٌ ذَكَرَ في الْأَصْلِ أنها لَا تُصَدَّقُ على ذلك حتى تُقِيمَ الْبَيِّنَةَ أنها وَلَدَتْهُ
وَإِنْ أَقَامَتْ امْرَأَةً وَاحِدَةً على الْوِلَادَةِ قُبِلَتْ إذَا كانت حُرَّةً عَدْلَةً أَطْلَقَ الْجَوَابَ في الْأَصْلِ ولم يَفْصِلْ بين ما إذَا كان لها زَوْجٌ أَمْ لَا منهم من حَمَلَ هذا الْجَوَابَ على ما إذَا كان لها زَوْجٌ لِأَنَّهُ إذَا كان لها زَوْجٌ كان في تَصْحِيحِ دَعْوَتِهَا حَمْلُ النَّسَبِ على الْغَيْرِ فَلَا تَصِحُّ إلَّا بِالْبَيِّنَةِ أو بِتَصْدِيقِ الزَّوْجِ فَأَمَّا إذَا لم يَكُنْ لها زَوْجٌ فَلَا يَتَحَقَّقُ مَعْنَى التَّحْمِيلِ فَيَصِحُّ من غيره بَيِّنَةٍ
وَمِنْهُمْ من حَقَّقَ جَوَابَ الْكِتَابِ وَأَجْرَى رِوَايَةَ الْأَصْلِ على إطْلَاقِهَا وَفَرَّقَ بين الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ فقال يَثْبُتُ نَسَبُهُ من الرَّجُلِ بِنَفْسِ الدَّعْوَةِ وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ منها

إلَّا بِبَيِّنَةٍ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ النَّسَبَ في جَانِبِ الرِّجَالِ يَثْبُتُ بِالْفِرَاشِ وفي جَانِبِ النِّسَاءِ يَثْبُتُ بِالْوِلَادَةِ وَلَا تَثْبُتُ الْوِلَادَةُ إلَّا بِدَلِيلٍ وَأَدْنَى الدَّلَائِلِ عليها شَهَادَةُ الْقَابِلَةِ وَلَوْ ادَّعَتْهُ امْرَأَتَانِ فَهُوَ ابْنُهُمَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَكَذَا إذَا كُنَّ خَمْسًا عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ من الْمَرْأَتَيْنِ أَصْلًا
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ النَّسَبَ في جَانِبِ النِّسَاءِ يَثْبُتُ بِالْوِلَادَةِ وَوِلَادَةُ وَلَدٍ

(6/253)

وَاحِدٍ من امْرَأَتَيْنِ لَا يُتَصَوَّرُ فَلَا يُتَصَوَّرُ ثُبُوتُ النَّسَبِ مِنْهُمَا بِخِلَافِ الرِّجَالِ لِأَنَّ النَّسَبَ في جَانِبِهِمْ يَثْبُتُ بِالْفِرَاشِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ سَبَبَ ظُهُورِ النَّسَبِ هو الدَّعْوَةُ وقد وُجِدَتْ من كل وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا وما قَالَا إنَّ الْحُكْمَ في جَانِبِهِنَّ مُتَعَلِّقٌ بِالْوِلَادَةِ فَنَعَمْ لَكِنْ في مَوْضِعٍ أَمْكَنَ وَهُنَا لَا يُمْكِنُ فَتَعَلَّقَ بِالدَّعْوَةِ وقد ادَّعَيَاهُ جميعا فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُمَا
وَعَلَى هذا لو ادَّعَاهُ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ يَثْبُتُ نَسَبُهُ من الْكُلِّ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَثْبُتُ من الرَّجُلِ لَا غَيْرُ وَلَوْ ادَّعَاهُ رَجُلَانِ وَامْرَأَتَانِ كُلُّ رَجُلٍ يَدَّعِي أَنَّهُ ابْنُهُ من هذه الْمَرْأَةِ وَالْمَرْأَةُ صَدَّقَتْهُ فَهُوَ ابْنُ الرَّجُلَيْنِ وَالْمَرْأَتَيْنِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا ابن الرَّجُلَيْنِ لَا غير
وَأَمَّا ظُهُورُ النَّسَبِ بِالْبَيِّنَةِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْبَيِّنَةُ يَظْهَرُ بها النَّسَبُ مَرَّةً وَيَتَأَكَّدُ ظُهُورُهُ أُخْرَى فَكُلُّ نَسَبٍ يَجُوزُ ثُبُوتُهُ من الْمُدَّعِي إذَا لم يَحْتَمِلْ الظُّهُورَ بِالدَّعْوَةِ أَصْلًا لَا بِنَفْسِهَا وَلَا بِقَرِينَةِ التَّصْدِيقِ بِأَنْ كان فيه حَمْلُ النَّسَبِ على الْغَيْرِ وَنَحْوُ ذلك يَظْهَرُ بِالْبَيِّنَةِ وَكَذَا ما احْتَمَلَ الظُّهُورَ بِالدَّعْوَةِ لَكِنْ بِقَرِينَةِ التَّصْدِيقِ إذَا انْعَدَمَ التَّصْدِيقُ وَظَهَرَ أَيْضًا بِالْبَيِّنَةِ وَكُلُّ نَسَبٍ يَحْتَمِلُ الظُّهُورَ بِنَفْسِ الدَّعْوَةِ يَتَأَكَّدُ ظُهُورُهُ بِالْبَيِّنَةِ كما إذَا ادَّعَى اللَّقِيطَ رَجُلٌ الْمُلْتَقِطُ أو غَيْرُهُ وَثَبَتَ نَسَبُهُ من الْمُدَّعِي ثُمَّ ادَّعَاهُ رَجُلٌ آخَرُ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ يُقْضَى له لِأَنَّ النَّسَبَ وَإِنْ ظَهَرَ بِنَفْسِ الدَّعْوَةِ لَكِنَّهُ غَيْرُ مُؤَكَّدٍ فَاحْتَمَلَ الْبُطْلَانَ بِالْبَيِّنَةِ
وَكَذَا لو ادَّعَاهُ رَجُلَانِ مَعًا ثُمَّ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ فَصَاحِبُ الْبَيِّنَةِ أَوْلَى لِمَا قُلْنَا
وإذا تَعَارَضَتْ الْبَيِّنَتَانِ في النَّسَبِ فَالْأَصْلُ فيه ما ذَكَرنَا في تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ على الْمِلْكِ أَنَّهُ إنْ أَمْكَنَ تَرْجِيحُ إحْدَاهُمَا على الْأُخْرَى يُعْمَلُ بِالرَّاجِحِ وَإِنْ تَعَذَّرَ التَّرْجِيحُ يُعْمَلُ بِهِمَا إلَّا أَنَّ هُنَاكَ إذَا تَعَذَّرَ التَّرْجِيحُ يُعْمَلُ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا من وَجْهٍ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَهُنَا يُعْمَلُ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا من كل وجه ويثبت النسب من وجه بقدر الإمكان وهنا يعمل بكل واحدة منهما من كل وَجْهٍ وَيَثْبُتُ النَّسَبُ من كل وَاحِدٍ من الْمُدَّعِيَيْنِ لِإِمْكَانِ إثْبَاتِ النَّسَبِ لِوَلَدٍ وَاحِدٍ من اثْنَيْنِ على الْكَمَالِ وَاسْتِحَالَةُ كَوْنِ الشَّيْءِ الْوَاحِدِ مَمْلُوكًا لِاثْنَيْنِ على الْكَمَالِ في زَمَانٍ وَاحِدٍ
إذَا عَرَفْنَا هذا فَنَقُولُ جُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ تَعَارُضَ الْبَيِّنَتَيْنِ إمَّا أَنْ يَكُونَ بين الْخَارِجِ وَبَيْنَ ذِي الْيَدِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بين الْخَارِجَيْنِ وَبَيْنَ ذِي الْيَدِ فَإِنْ كان بين الْخَارِجِ وَذِي الْيَدِ فَبَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ أَوْلَى لِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا في الْبَيِّنَةِ فَيُرَجَّحُ صَاحِبُ الْيَدِ بِالْيَدِ وَإِنْ كان بين الْخَارِجَيْنِ وَبَيْنَ ذِي الْيَدِ فَإِنْ أَمْكَنَ تَرْجِيحُ أَحَدِهِمَا بِوَجْهٍ من الْوُجُوهِ من الْإِسْلَامِ وَالْحُرِّيَّةِ وَالْعَلَامَةِ وَالْيَدِ وَقُوَّةِ الْفِرَاشِ وَغَيْرِ ذلك من أَسْبَابِ التَّرْجِيحِ يُعْمَلُ بِالرَّاجِحِ وَإِنْ اسْتَوَيَا يُعْمَلُ بِهِمَا وَيَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُمَا

وَعَلَى هذا إذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا أَنَّ اللَّقِيطَ ابْنُهُ وَادَّعَى الْآخَرُ أَنَّهُ عَبْدُهُ يُقْضَى لِلَّذِي ادَّعَى أَنَّهُ ابْنُهُ لِأَنَّهُ يَدَّعِي الْحُرِّيَّةَ وَالْآخَرُ يَدَّعِي الرِّقَّ فَبَيِّنَةُ الْحُرِّيَّةِ أَقْوَى
وَكَذَلِكَ لو أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ ابْنُهُ من هذه الْحُرَّةِ وَأَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ ابْنُهُ من هذه الْأَمَةِ فَهُوَ ابن الْحُرِّ وَالْحُرَّةِ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ ابْنُهُ من امْرَأَةٍ حُرَّةٍ فَهُوَ ابن الرَّجُلَيْنِ وابن الْمَرْأَتَيْنِ على قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا ابن الرَّجُلَيْنِ لَا غير لِمَا مَرَّ
وَلَوْ ادَّعَاهُ رَجُلَانِ وَوُقِّتَتْ بَيِّنَةُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَإِنْ اسْتَوَى الْوَقْتَانِ ثَبَتَ النَّسَبُ مِنْهُمَا لِاسْتِوَاءِ الْبَيِّنَتَيْنِ وَلَوْ كان وَقْتُ إحْدَاهُمَا أَسْبَقَ بحكم (((يحكم))) سِنّ الصَّبِيِّ فَيُعْمَلُ عليه لِأَنَّهُ حُكْمُ عَدْلٍ فَإِنْ أَشْكَلَ سِنُّهُ فَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ يُقْضَى لِأَسْبَقِهِمَا وَقْتًا وَعِنْدَهُمَا يُقْضَى لَهُمَا
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ إذَا أَشْكَلَ السِّنُّ سَقَطَ اعْتِبَارُ التَّارِيخِ أَصْلًا كَأَنَّهُمَا سَكَتَا عنه وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إذَا أَشْكَلَ السِّنُّ لم يَصْلُحْ حُكْمًا فَبَقِيَ الْحُكْمُ لِلتَّارِيخِ فَيُرَجَّحُ الْأَسْبَقُ
وَلَوْ ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّ اللَّقِيطَ ابْنُهُ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ وَادَّعَتْ الْمَرْأَةُ أَنَّهُ ابْنُهَا وَأَقَامَتْ الْبَيِّنَةَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا لِعَدَمِ التَّنَافِي بين ثُبُوتِ نَسَبِهِ مِنْهُمَا كما إذَا ادَّعَاهُ رَجُلَانِ بَلْ أَوْلَى
وَعَلَى هذا غُلَامٌ قد احْتَلَمَ ادَّعَى على رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ أَنَّهُ ابْنُهُمَا وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ وَادَّعَى رَجُلٌ آخَرُ وَامْرَأَتُهُ أَنَّ الْغُلَامَ ابْنُهُمَا وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ ثَبَتَ نَسَبُ الْغُلَامِ من الْأَبِ وَالْأُمِّ الذي ادَّعَاهُ الْغُلَامُ أَنَّهُ ابْنُهُمَا وَيَبْطُلُ النَّسَبُ الذي أَنْكَرَهُ الْغُلَامُ لِأَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ تَعَارَضَتَا وَتَرَجَّحَتْ بَيِّنَةُ الْغُلَامِ بيده إذْ هو في يَدِ نَفْسِهِ كَالْخَارِجَيْنِ إذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ وَلِأَحَدِهِمَا يَدٌ كان صَاحِبُ الْيَدِ أَوْلَى كَذَا هُنَا
وَكَذَلِكَ لو كان الْغُلَامُ نَصْرَانِيًّا فَأَقَامَ بَيِّنَةً من الْمُسْلِمِينَ على رَجُلٍ نَصْرَانِيٍّ وَامْرَأَةٍ نَصْرَانِيَّةٍ وَادَّعَاهُ مُسْلِمٌ وَمُسْلِمَةٌ فَبَيِّنَةُ الْغُلَامِ أَوْلَى وَلَا تَتَرَجَّحُ بَيِّنَةُ الْمُدَّعِي الْمُسْلِمِ لِأَنَّهُ لَا يَدَ له وَإِنْ كان مُسْلِمًا وَإِنْ كان بَيِّنَةُ الْغُلَامِ من النَّصَارَى يُقْضَى بِالْغُلَامِ لِلْمُسْلِمِ وَالْمُسْلِمَةِ لِأَنَّ شَهَادَةَ الْكَافِرِ على الْمُسْلِمِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ فَالْتَحَقَتْ بِالْعَدَمِ فَبَقِيَ مُجَرَّدُ الدَّعْوَةِ فَلَا تُعَارِضُ الْبَيِّنَةَ وَيُجْبَرُ الْغُلَامُ على الْإِسْلَامِ
غُلَامٌ في

يَدِ إنْسَانٍ ادَّعَى صَاحِبُ الْيَدِ أَنَّهُ ابْنُهُ وَلَدَتْهُ أَمَتُهُ هذه في مِلْكِهِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ على ذلك وَادَّعَى خَارِجٌ أَنَّ الْغُلَامَ ابْنُهُ وَلَدَتْهُ الْأَمَةُ في مِلْكِهِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ فَإِنْ كان الْغُلَامُ صَغِيرًا لَا يَتَكَلَّمُ يُقْضَى بِهِ لِصَاحِبِ الْيَد لِاسْتِوَائِهِمَا في الْبَيِّنَة فَيُرَجَّحُ صَاحِبُ الْيَدِ بِالْيَدِ كما في النِّكَاحِ وَإِنْ كان كَبِيرًا يَتَكَلَّمُ فقال أنا ابن الْآخَرِ يُقْضَى بِالْأَمَةِ وَالْغُلَامِ لِلْخَارِجِ لِأَنَّ الْغُلَامَ إذَا كان كَبِيرًا يَتَكَلَّمُ في يَدِ نَفْسِهِ فَالْبَيِّنَةُ التي يَدَّعِيهَا الْغُلَامُ أَوْلَى
وَكَذَلِكَ لو كان الْغُلَامُ وَلَدَ حُرَّةٍ وَهُمَا في يَدِ رَجُلٍ فَأَقَامَ صَاحِبُ الْيَدِ الْبَيِّنَةَ على أَنَّهُ وُلِدَ على فِرَاشِهِ وَالْغُلَامُ يَتَكَلَّمُ وَيَدَّعِي ذلك وَأَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ على مِلْكِهِ يُقْضَى بِالْمَرْأَةِ وَبِالْوَلَدِ لِلَّذِي هُمَا في يَدِهِ لِمَا قُلْنَا وَإِنْ كان الذي في يَدِهِ

من أَهْلِ الذِّمَّةِ وَالْمَرْأَةُ ذِمِّيَّةٌ وَأَقَامَ شُهُودًا مُسْلِمِينَ يُقْضَى بِالْمَرْأَةِ وَالْوَلَدِ لِلَّذِي هُمَا في يَدِهِ لِأَنَّ شَهَادَةَ الْمُسْلِمِينَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ
وَلَوْ أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ على أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا في وَقْتِ كَذَا وَأَقَامَ الذي في يَدِهِ الْبَيِّنَةَ على وَقْتٍ دُونَهُ يُقْضَى لِلْخَارِجِ لِأَنَّهُ إذَا ثَبَتَ سَبْقُ أَحَدِ النِّكَاحَيْنِ كان الْمُتَأَخِّرُ مِنْهُمَا فَاسِدًا فَالْبَيِّنَةُ الْقَائِمَةُ على النِّكَاحِ الصَّحِيحِ أَقْوَى فَكَانَتْ أَوْلَى
وَعَلَى هذا غُلَامٌ قد احْتَلَمَ ادَّعَى أَنَّهُ ابن فُلَانٍ وَلَدَتْهُ أَمَتُهُ فُلَانَةُ على فِرَاشِهِ وَذَلِكَ الرَّجُلُ يقول هو عَبْدِي وَلَدُ أَمَتِي التي زَوَّجْتهَا عَبْدِي فُلَانًا فَوَلَدَتْ هذا الْغُلَامَ منه وَالْعَبْدُ حَيٌّ يَدَّعِي ذلك فَهُوَ ابن الْعَبْدِ لِأَنَّهُ تَعَارَضَ الْفِرَاشَانِ فِرَاشُ النِّكَاحِ وَفِرَاشُ الْمِلْكِ وَفِرَاشُ النِّكَاحِ أَقْوَى لِأَنَّهُ لَا يَنْتَفِي إلَّا بِاللِّعَانِ وَفِرَاشُ الْمِلْكِ يَنْتَفِي بِمُجَرَّدِ النَّفْيِ فَكَانَ فِرَاشُ النِّكَاحِ أَقْوَى فَكَانَ أَوْلَى
وَلَوْ ادَّعَى الْغُلَامُ أَنَّهُ ابن الْعَبْدِ من هذه الْأَمَةِ فَأَقَرَّ الْعَبْدُ بِذَلِكَ وَقَامَتْ عليه الْبَيِّنَةُ وَادَّعَى الْمَوْلَى أَنَّهُ ابْنُهُ فَهُوَ ابن الْعَبْدِ لِمَا قُلْنَا وَيُعْتَقُ لِأَنَّهُ ادَّعَى نَسَبَهُ وَالْإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ يَتَضَمَّنُ الْإِقْرَارَ بِالْحُرِّيَّةِ فَإِنْ لم يُعْمَلْ في النَّسَبِ يُعْمَلُ في الْحُرِّيَّةِ
وَكَذَلِكَ لو مَاتَ الرَّجُلُ وَتَرَك مَالًا فَأَقَامَ الْغُلَامُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ ابن الْمَيِّتِ من أَمَتِهِ وَأَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ عَبْدُهُ وَلَدَتْهُ أَمَتُهُ من زَوْجِهَا فُلَانٍ وَالزَّوْجُ عَبْدُهُ أَيْضًا وَالْعَبْدُ حَيٌّ يَدَّعِي ذلك يُقْضَى له بِالنَّسَبِ لِأَنَّهُ يَدَّعِي فِرَاشَ النِّكَاحِ وَأَنَّهُ أَقْوَى فَإِنْ كان الْعَبْدُ مَيِّتًا ثَبَتَ نَسَبُ الْغُلَامِ من الْحُرِّ وَوَرِثَ منه لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْغُلَامِ خَلَتْ عن الْمُعَارِضِ لِانْعِدَامِ الدَّعْوَةِ من الْعَبْدِ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بها وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا صِفَةُ النَّسَبِ الثَّابِتِ فَالنَّسَبُ في جَانِبِ النِّسَاءِ إذَا ثَبَتَ يَلْزَمُ حتى لَا يَحْتَمِلَ النَّفْيَ أَصْلًا لِأَنَّهُ في جَانِبِهِنَّ يَثْبُتُ بِالْوِلَادَةِ وَلَا مَرَدَّ لها
وَأَمَّا في جَانِبِ الرِّجَالِ فَنَوْعَانِ نَوْعٌ يَحْتَمِلُ النَّفْيَ وَنَوْعٌ لَا يَحْتَمِلُهُ أَمَّا ما يَحْتَمِلُ النَّفْيَ فَنَوْعَانِ نَوْعٌ يَنْتَفِي بِنَفْسِ النَّفْيِ من غَيْرِ لِعَانٍ وَنَوْعٌ لَا يَنْتَفِي بِنَفْسِ النَّفْيِ بَلْ بِوَاسِطَةِ اللِّعَانِ
أَمَّا الذي يَنْتَفِي بِنَفْسِ النَّفْيِ فَهُوَ نَسَبُ وَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ لِأَنَّ فِرَاشَ أُمِّ الْوَلَدِ ضَعِيفٌ لِأَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ حتى احْتَمَلَ النَّقْلَ إلَى غَيْرِهِ بِالتَّزْوِيجِ فَاحْتَمَلَ الِانْتِفَاءَ بِنَفْسِ النَّفْيِ من غَيْرِ الْحَاجَةِ إلَى اللِّعَانِ
وَأَمَّا الذي لَا يَنْتَفِي بِمُجَرَّدِ النَّفْيِ فَهُوَ نَسَبُ وَلَدِ زَوْجَةٍ يَجْرِي بَيْنَهُمَا اللِّعَانُ وهو أَنْ يَكُونَ الزَّوْجَانِ حُرَّيْنِ مُسْلِمَيْنِ عَاقِلَيْنِ بَالِغَيْنِ غير مَحْدُودَيْنِ في الْقَذْفِ على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ اللِّعَانِ لِأَنَّ فِرَاشَ النِّكَاحِ لَازِمٌ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْلَ فَكَانَ قَوِيًّا فَلَا يَحْتَمِلُ الِانْتِفَاءَ بِنَفْسِ النَّفْيِ ما لم يَنْضَمَّ إلَيْهِ اللِّعَانُ وَلِهَذَا إذَا كان الْعُلُوقُ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ أو شُبْهَةِ نِكَاحٍ لَا يَنْتَفِي نَسَبُ الْوَلَدِ بِالنَّفْيِ لِأَنَّ الِانْتِفَاءَ بِوَاسِطَةِ اللِّعَانِ وَلَا لِعَانَ في النِّكَاحِ الْفَاسِدِ لِانْعِدَامِ الزَّوْجِيَّةِ حَقِيقَةً لِمَا عُلِمَ في كِتَابِ اللِّعَانِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الذي لَا يَحْتَمِلُ النَّفْيَ فَهُوَ نَسَبُ وَلَدِ زَوْجَةٍ لَا يَجْرِي بَيْنَهُمَا اللِّعَانُ فإذا كان الزَّوْجَانِ مِمَّنْ لَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا لَا يَنْتَفِي نَسَبُ الْوَلَدِ بِالنَّفْيِ وَكَذَا النَّسَبُ بَعْدَ الْإِقْرَارِ بِهِ لَا يَحْتَمِلُ النَّفْيَ لِأَنَّ النَّفْيَ يَكُونُ إنْكَارًا بَعْدَ الْإِقْرَارِ فَلَا يُسْمَعُ إلَّا أَنَّ الْإِقْرَارَ نَوْعَانِ نَصٌّ وَدَلَالَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا في كِتَابِ اللِّعَانِ
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ تَعَارُضِ الدَّعْوَتَيْنِ لَا غَيْرُ أَمَّا حُكْمُهُ في النَّسَبِ فَقَدْ مَرَّ ذِكْرُهُ في أَثْنَاءِ مَسَائِلِ النَّسَبِ وَأَمَّا حُكْمُهُ في الْمِلْكِ فَالْكَلَامُ فيه في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في حُكْمِ تَعَارُضِ الدَّعْوَتَيْنِ في أَصْلِ الْمِلْكِ وَالثَّانِي في قَدْرِ الْمِلْكِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَسَبِيلُ تَعَارُضِ الدَّعْوَتَيْنِ في أَصْلِ الْمِلْكِ ما هو سَبِيلُ تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ فيه من طَلَبِ التَّرْجِيحِ وَالْعَمَلِ بِالرَّاجِحِ عِنْدَ الْإِمْكَانِ وَعِنْدَ تَعَذُّرِ الْعَمَلِ

بِهِمَا يقدر (((بقدر))) الْإِمْكَانِ تَصْحِيحًا لِلدَّعْوَتَيْنِ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ
وَبَيَانُ ذلك في مَسَائِلَ رَجُلَانِ ادَّعَيَا دَابَّةً أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِلِجَامِهَا فَهِيَ لِلرَّاكِبِ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمِلٌ لِلدَّابَّةِ فَكَانَتْ في يَدِهِ
وَكَذَلِكَ إذَا

(6/255)

كان لِأَحَدِهِمَا عليه حَمْلٌ وَلِلْآخَرِ عليه كَوْزٌ مُعَلَّقٌ أو مِخْلَاةٌ ملعقة (((معلقة))) فَصَاحِبُ الْحَمْلِ أَوْلَى لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ كَانَا جميعا رَاكِبَيْنِ لَكِنَّ أَحَدَهُمَا في السَّرْجِ وَالْآخَرَ رَدِيفُهُ فَهِيَ لَهُمَا في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أنها لِرَاكِبِ السَّرْجِ لِقُوَّةِ يَدِهِ
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُمَا جميعا اسْتَوَيَا في أَصْلِ الِاسْتِعْمَالِ فَكَانَتْ الدَّابَّةُ في أَيْدِيهِمَا فَكَانَتْ لَهُمَا وَلَوْ كَانَا جميعا رَاكِبَيْنِ في السَّرْجِ فَهِيَ لَهُمَا إجْمَاعًا لِاسْتِوَائِهِمَا في الِاسْتِعْمَالِ وَلَوْ ادَّعَيَا عَبْدًا صَغِيرًا لَا يُعَبِّرُ عن نَفْسِهِ وهو في أَيْدِيهِمَا فَهُوَ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ إذَا كان لَا يُعَبِّرُ عن نَفْسِهِ كان بِمَنْزِلَةِ الْعُرُوضِ وَالْبَهَائِمِ فَتَبْقَى الْيَدُ عليه
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو ادَّعَى صَبِيًّا صَغِيرًا مَجْهُولَ النَّسَبِ في يَدِهِ أَنَّهُ عَبْدُهُ ثُمَّ كَبِرَ الصَّبِيُّ فَادَّعَى الْحُرِّيَّةَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْيَدِ وَلَا تُسْمَعُ دَعْوَى الْحُرِّيَّةِ إلَّا بِبَيِّنَةٍ لِأَنَّهُ كان في يَدِهِ وَقْتَ الدَّعْوَةِ فَلَا تَزُولُ يَدُهُ عنه إلَّا بِدَلِيلٍ
وَبِمِثْلِهِ لو ادَّعَى غُلَامًا كَبِيرًا أَنَّهُ عَبْدُهُ وقال الْغُلَامُ أنا حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغُلَامِ لِأَنَّهُ ادَّعَاهُ في حَالٍ هو في يَدِ نَفْسِهِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ وَلَوْ ادَّعَيَا عَبْدًا كَبِيرًا فقال الْعَبْدُ أنا عَبْدٌ لِأَحَدِهِمَا فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَلَا يُصَدَّقُ الْعَبْدُ في ذلك
وَكَذَا إذَا كان الْعَبْدُ في يَدِ رَجُلٍ فَأَقَرَّ أَنَّهُ لِرَجُلٍ آخَرَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْيَدِ وَلَا يُصَدَّقُ الْعَبْدُ في إقْرَارِهِ أَنَّهُ لِغَيْرِهِ لِأَنَّ إقْرَارَهُ بِالرِّقِّ إقْرَارٌ بِسُقُوطِ يَدِهِ عن نَفْسِهِ فَكَانَ في يَدِ صَاحِبِ الْيَدِ فَلَا يُسْمَعُ قَوْلُهُ أَنَّهُ لِغَيْرِهِ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا قَوْلَ له وَلَوْ قال كُنْت عَبْدَ فُلَانٍ فَأَعْتَقَنِي وأنا حُرٌّ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْعَبْدِ وَيُحْكَمُ بِحُرِّيَّتِهِ لِأَنَّ الْعَبْدَ مُتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ إذْ الْحُرِّيَّةُ أَصْلٌ في بَنِي آدَمَ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا له فَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ أَنَّهُ كان عَبْدًا فَقَدْ أَقَرَّ بِزَوَالِ حُكْمِ الْأَصْلِ وَثُبُوتِ الْعَارِضِ وهو الرِّقُّ منه فَصَارَ الرِّقُّ فيه هو الْأَصْلَ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا له
وَلَوْ ادَّعَيَا ثَوْبًا وَأَحَدُهُمَا لَابِسُهُ وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِذَيْلِهِ فَاللَّابِسُ أَوْلَى لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ لِلثَّوْبِ
وَلَوْ ادَّعَيَا بِسَاطًا وَأَحَدُهُمَا جَالِسٌ عليه وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَلَا يَكُونُ الْجَالِسُ بِجُلُوسِهِ وَالنَّوْمُ عليه أَوْلَى لِاسْتِوَائِهِمَا في الْيَدِ عليه وَلَوْ ادَّعَيَا دَارًا وَأَحَدُهُمَا سَاكِنٌ فيها فَهِيَ لِلسَّاكِنِ
وَكَذَلِكَ لو كان أَحَدُهُمَا أَحْدَثَ فيها شيئا من بِنَاءٍ أو حَفْرٍ فَهِيَ لِصَاحِبِ الْبِنَاءِ وَالْحَفْرِ لِأَنَّ سُكْنَى الدَّارِ وَإِحْدَاثَ الْبِنَاءِ وَالْحَفْرِ تَصَرُّفٌ في الدَّارِ فَكَانَتْ في يَدِهِ وَلَوْ لم يَكُنْ شَيْءٌ من ذلك وَلَكِنَّ أَحَدَهُمَا دَاخِلٌ فيها وَالْآخَرُ خَارِجٌ منها فَهِيَ بَيْنَهُمَا

وَكَذَا إذَا كَانَا جميعا فيها لِأَنَّ الْيَدَ على الْعَقَارِ لَا تَثْبُتُ بِالْكَوْنِ فيه وَإِنَّمَا تَثْبُتُ بِالتَّصَرُّفِ فيه وَلَوْ وُجِدَ خَيَّاطٌ يَخِيطُ ثَوْبًا في دَارِ إنْسَانٍ فَاخْتَلَفَا في الثَّوْبِ فَالْقَوْلُ لِصَاحِبِ الدَّارِ لِأَنَّ الثَّوْبَ وَإِنْ كان في يَدِ الْخَيَّاطِ صُورَةً فَهُوَ في يَدِ صَاحِبِ الدَّارِ مَعْنًى لِأَنَّ الْخَيَّاطَ وما في يَدِهِ في دَارِهِ وَالدَّارُ في يَدِهِ فما فيها يَكُونُ في يَدِهِ

حَمَّالٌ خَرَجَ من دَارِ رَجُلٍ وَعَلَى عَاتِقِهِ مَتَاعٌ فَإِنْ كان ذلك الْحَامِلُ يُعْرَفُ بِبَيْعِ ذلك وَحَمْلِهِ فَهُوَ له لِأَنَّ الظَّاهِر شَاهِدٌ له وَإِنْ كان لا يُعْرَفُ بِذَلِكَ فَهُوَ لِصَاحِبِ الدَّارِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ له

وَكَذَلِكَ حَمَّالٌ عليه كَارَّةٌ وهو في دَارِ بَزَّازٍ اخْتَلَفَا في الْكَارَّةِ فَإِنْ كانت الْكَارَّةُ مِمَّا يُحْمَلُ فيها فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْحَمَّالِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ له وَإِنْ كانت مِمَّا لَا يُحْمَلُ فيها فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الدَّارِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ له

رَجُلٌ اصْطَادَ طَائِرًا في دَارِ رَجُلٍ فَاخْتَلَفَا فيه فَإِنْ اتَّفَقَا على أَنَّهُ على أَصْلِ الْإِبَاحَةِ لم يَسْتَوْلِ عليه قَطُّ فَهُوَ لِلصَّائِدِ سَوَاءٌ اصْطَادَهُ من الْهَوَاءِ أو من الشَّجَرِ أو الْحَائِطِ لِأَنَّهُ الْآخِذُ دُونَ صَاحِبِ الدَّارِ إذْ الصَّيْدُ لَا يَصِيرُ مَأْخُوذًا بِكَوْنِهِ على حَائِطٍ أو شَجَرَةٍ وقد قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الصَّيْدُ لِمَنْ أَخَذَهُ وَإِنْ اخْتَلَفَا فقال صَاحِبُ الدَّارِ اصْطَدْتُهُ قَبْلَك أو وَرِثْته وَأَنْكَرَ الصَّائِدُ فإنه يُنْظَرُ إنْ أَخَذَهُ من الْهَوَاءِ فَهُوَ له لِأَنَّهُ الْآخِذُ إذْ لَا يَدَ لِأَحَدٍ على الْهَوَاءِ وَإِنْ أَخَذَهُ من جِدَارِهِ أو شَجَرِهِ فَهُوَ لِصَاحِبِ الدَّارِ لِأَنَّ الْجِدَارَ وَالشَّجَرَ في يَدِهِ وَكَذَلِكَ إنْ اخْتَلَفَا في أَخْذِهِ من الْهَوَاءِ أو من الْجِدَارِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الدَّارِ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ ما في دَارِ إنْسَانٍ يَكُونُ في يَدِهِ

هَكَذَا رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ مَسْأَلَةٌ لِلصَّيْدِ على هذا الْفَصْلِ

وَلَوْ ادَّعَيَا وَأَحَدُهُمَا سَاكِنٌ فيها فَهِيَ لِلسَّاكِنِ فيها وَكَذَا لو كان أَحْدَثَ فيها شيئا من بِنَاءٍ أو حَفْرٍ فَهِيَ لِصَاحِبِ الْبِنَاءِ وَالْحَفْرِ لِأَنَّ سُكْنَى الدَّارِ وَإِحْدَاثَ الْبِنَاءِ وَالْحَفْرِ تَصَرُّفٌ في الدَّارِ فَكَانَتْ في يَدِهِ وَلَوْ لم يَكُنْ شَيْءٌ من ذلك وَلَكِنْ أَحَدُهُمَا دَاخِلٌ فيها وَالْآخَرُ خَارِجٌ منها فَهِيَ بَيْنَهُمَا وَكَذَا لو كَانَا جميعا فيها لِأَنَّ الْيَدَ على الْعَقَارِ لَا تَثْبُتُ بِالْكَوْنِ فيها وَإِنَّمَا

تَثْبُتُ بِالتَّصَرُّفِ فيها ولم يُوجَدْ

وَلَوْ ادَّعَيَا حَائِطًا من دَارَيْنِ وَلِأَحَدِهِمَا عليه جُذُوعٌ فَهُوَ له لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ لِلْحَائِطِ

وَلَوْ كان لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جُذُوعٌ فَإِنْ كانت ثَلَاثَةً أو أَكْثَرَ فَهِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ سَوَاءٌ اسْتَوَتْ جُذُوعُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا أو كانت لِأَحَدِهِمَا أَكْثَرَ بَعْدَ أَنْ كان لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثَةُ جُذُوعٍ لِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا في اسْتِعْمَالِ الْحَائِطِ فَاسْتَوَيَا في ثُبُوتِ الْيَدِ عليه

وَلَوْ أَرَادَ صَاحِبُ الْبَيْتِ أَنْ يَتَبَرَّعَ على الْآخَرِ بِمَا زَادَ على الثَّلَاثَةِ ليس له ذلك لَكِنْ يُقَالُ له زِدْ أنت أَيْضًا إلَى تَمَامِ عَدَدِ خَشَبِ صَاحِبِك إنْ أطلق (((أطاق))) الْحَائِطُ حَمْلَهَا وَإِلَّا فَلَيْسَ لَك الزِّيَادَةُ وَلَا النَّزْعُ وَلَوْ كان لِأَحَدِهِمَا ثَلَاثَةُ جُذُوعٍ وَلِلْآخَرِ جِذْعٌ أو جِذْعَانِ فَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ الْحَائِطُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا يَكُونُ

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ زِيَادَةَ الِاسْتِعْمَالِ بِكَثْرَةِ الْجُذُوعِ زِيَادَةٌ من جِنْسِ الْحُجَّةِ وَالزِّيَادَةُ من جِنْسِ الْحَجَّةِ لَا يَقَعُ بها التَّرْجِيحُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو كان لِأَحَدِهِمَا ثَلَاثَةٌ وَلِلْآخَرِ أَرْبَعَةٌ كان الْحَائِطُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَإِنْ كان اسْتِعْمَالُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ دَلَّ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ أَصْلُ الِاسْتِعْمَالِ لاقدره وقد اسْتَوَيَا فيه

وَوَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنْ يُقَالَ نعم لَكِنَّ أَصْلَ الِاسْتِعْمَالِ لَا يَحْصُلُ بِمَا دُونَ الثَّلَاثَةِ لِأَنَّ الْجِدَارَ لَا يُبْنَى له عَادَةً وَإِنَّمَا يُبْنَى لِأَكْثَرَ من ذلك إلَّا أَنَّ الْأَكْثَرَ مِمَّا لانهاية له وَالثَّلَاثَةُ أَقَلُّ الْجَمْعِ الصَّحِيحِ فَقُيِّدَ بِهِ فَكَانَ ما وَرَاءَ مَوْضِعِ الْجُذُوعِ لِصَاحِبِ الْكَثِيرِ

وَأَمَّا مَوْضِعُ الْجِذْعِ الْوَاحِدِ فَكَذَلِكَ على رِوَايَةِ كِتَابِ الْإِقْرَارِ وَإِنَّمَا لِصَاحِبِ الْقَلِيلِ حَقُّ ووضع (((وضع))) الْجِذْعِ لَا أَصْلُ الْمِلْكِ وَعَلَى رِوَايَةِ كِتَابِ الدَّعْوَى له مَوْضِعُ الْجِذْعِ من الْحَائِطِ وما رواءه (((وراءه))) لِصَاحِبِ الْكَثِيرِ

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ صَاحِبَ الْقَلِيلِ مُسْتَعْمِلٌ لِذَلِكَ الْقَدْرِ حَقِيقَةً فَكَانَ ذلك الْقَدْرُ في يَدِهِ فَيَمْلِكُهُ

وَجْهُ رِوَايَةِ الْإِقْرَارِ ما مَرَّ أَنَّ الِاسْتِعْمَالَ لَا يَحْصُلُ بِالْجِذْعِ وَالْجِذْعَيْنِ لِأَنَّ الْحَائِطَ لَا يُبْنَى له عَادَةً فلم يَكُنْ شَيْءٌ من الْحَائِطِ في يَدِهِ فَكَانَ كُلُّهُ في يَدِ صَاحِبِ الْكَثِيرِ إلَّا أَنَّهُ ليس له دَفْعُ الْجُذُوعِ وَإِنْ كان مَوْضِعُ الْجِذْعِ مَمْلُوكًا له لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ أَصْلُ الْحَائِطِ مَمْلُوكًا لِإِنْسَانٍ وَلِآخَرَ عليه حَقُّ الْوَضْعِ بِخِلَافِ ما لو أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْحَائِطَ له لِأَنَّ له أَنْ يَدْفَعَ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ فإذا أَقَامَهَا تُبَيِّنُ أَنَّ الْوَضْعَ من الْأَصْلِ كان بِغَيْرِ حَقٍّ وِلَايَةِ الدَّفْعِ وَلَيْسَ له ذلك حَالَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ لِأَنَّا إنَّمَا جَعَلْنَا الْحَائِطَ له لِظَاهِرِ الْيَدِ وَالظَّاهِرُ يَصْلُحُ لِلتَّقْرِيرِ لَا لِلتَّغْيِيرِ فَهُوَ الْفَرْقُ

وَلَوْ كان الْحَائِطُ مُتَّصِلًا بِبِنَاءِ إحْدَى الدَّارَيْنِ اتِّصَالَ الْتِزَاقٍ وَارْتِبَاطٍ فَهُوَ لِصَاحِبِ الِاتِّصَالِ لِأَنَّهُ كَالْمُتَعَلِّقِ بِهِ وَلَوْ كان لِأَحَدِهِمَا اتِّصَالُ الْتِزَاقٍ وَلِلْآخَرِ جُذُوعٍ فَصَاحِبُ الْجُذُوعِ أَوْلَى لِأَنَّهُ مُسْتَعْمِلٌ لِلْحَائِطِ وَلَا اسْتِعْمَالَ من صَاحِبِ الِاتِّصَالِ وَلَوْ كان لِأَحَدِهِمَا اتِّصَالُ الْتِزَاقٍ وَارْتِبَاطٍ وَلِلْآخَرِ اتِّصَالُ تَرْبِيعٍ فَصَاحِبُ التَّرْبِيعِ أَوْلَى لِأَنَّ اتِّصَالَ التَّرْبِيعِ أَقْوَى من اتِّصَالِ الِالْتِزَاقِ وَلَوْ كان لِأَحَدِهِمَا اتِّصَالُ تَرْبِيعٍ وَلِلْآخَرِ جُذُوعٍ فَالْحَائِطُ لِصَاحِبِ التَّرْبِيعِ وَلِصَاحِبِ الْجُذُوعِ حَقُّ وَضْعِ الْجُذُوعِ لَكِنَّ الْكَلَامَ في صُورَةِ التَّرْبِيعِ فَنَقُولُ ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التَّرْبِيعَ هو أَنْ يَكُونَ أَنْصَافُ أَلْبَانِ الْحَائِطِ مُدَاخَلَةً حَائِطَ إحْدَى الدَّارَيْنِ يُبْنَى كَذَلِكَ كَالْأَزَجِ وَالطَّاقَاتِ فَكَانَ بِمَعْنَى النِّتَاجِ فَكَانَ صَاحِبُ الِاتِّصَالِ أَوْلَى

وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ تَفْسِيرَ التَّرْبِيعِ أَنْ يَكُونَ طَرَفَا هذا الْحَائِطِ المدعي مُدَاخَلِينَ حَائِطَ إحْدَى الدَّارَيْنِ وَهَذَا التَّفْسِيرُ مَنْقُولٌ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَيَصِيرُ الْحَاصِلُ أَنَّ الْمُدَاخَلَةَ إذَا كانت من جَانِبَيْ الْحَائِطِ كان صَاحِبُ الِاتِّصَالِ أَوْلَى بِلَا خِلَافٍ وَإِنْ كانت من جَانِبٍ وَاحِدٍ فَعَلَى قَوْلِ الطَّحَاوِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ صَاحِبُ الِاتِّصَالِ أَوْلَى وَعَلَى قَوْلِ الْكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ صَاحِبُ الْجُذُوعِ أَوْلَى

وَجْه قَوْلِ الطَّحَاوِيِّ ما ذَكَرْنَا أَنَّ ذلك بِمَعْنَى النِّتَاجِ حَيْثُ حَدَثَ من بِنَائِهِ كَذَلِكَ فَكَانَ هو أَوْلَى

وَجْهُ قَوْلِ الْكَرْخِيِّ أَنَّ الْمُدَاخَلَةَ من الْجَانِبَيْنِ تُوجِبُ الِاتِّحَادَ وَجَعْلَ الْكُلِّ بِنَاءً وَاحِدًا فَسَقَطَ حُكْمُ الِاسْتِعْمَالِ لِضَرُورَةِ الِاتِّحَادِ فَمِلْكُ الْبَعْضِ يُوجِبُ مِلْكَ الْكُلِّ ضَرُورَةً إلَّا أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ على الرَّفْعِ بَلْ يُتْرَكُ على حَالِهِ لِأَنَّ ذلك ليس من ضَرُورَاتِ مِلْكِ الْأَصْلِ بَلْ يَحْتَمِلُ الِانْفِصَالَ عنه في الْجُمْلَةِ أَلَا تَرَى أَنَّ السَّقْفَ الذي هو بين بَيْتِ الْعُلُوِّ وَبَيْنَ بَيْتِ السُّفْلِ هو مِلْكُ صَاحِبِ السُّفْلِ وَلِصَاحِبِ

الْعُلُوِّ عليه حَقُّ الْقَرَارِ حتى لو أَرَادَ صَاحِبُ السُّفْلِ رَفْعَ السَّقْفِ مُنِعَ منه شَرْعًا كَذَا هذا جَازَ أَنْ يَكُونَ الْمِلْكُ لِصَاحِبِ الِاتِّصَالِ وَلِصَاحِبِ الْجُذُوعِ حَقُّ وَضْعِ الْجِذْعِ عليه بِخِلَافِ ما إذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ

أَنَّهُ يُجْبَرُ على الرَّفْعِ وقد تَقَدَّمَ وَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا
ثُمَّ فَرَّعَ أبو يُوسُفَ على ما رُوِيَ عنه من تَفْسِيرِ التَّرْبِيعِ أَنَّهُ إذَا اشْتَرَى دَارًا وَلِرَجُلٍ آخَرَ دَارٌ يجنب (((بجنب))) تِلْكَ الدَّارِ وَبَيْنَهُمَا حَائِطٌ وَأَقَامَ الرَّجُلُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ له فَأَرَادَ الْمُشْتَرِي أَنْ يَرْجِعَ على الْبَائِعِ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ إنْ كان مُتَّصِلًا بِبِنَاءِ حَائِطِ الْمُدَّعِي ليس له أَنْ يَرْجِعَ على الْبَائِعِ لِأَنَّهُ إذَا كان مُتَّصِلًا بِبِنَائِهِ لم يَتَنَاوَلْ الْبَيْعَ فلم يَكُنْ مَبِيعًا فَلَا يَكُونُ لِلْمُشْتَرِي حَقُّ الرُّجُوعِ وَإِنْ لم يَكُنْ مُتَّصِلًا بِبِنَاءِ الْمُدَّعِي وهو مُتَّصِلٌ بِبِنَاءِ الدَّارِ الْمَبِيعَةِ فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْجِعَ على الْبَائِعِ بِحِصَّةِ الْحَائِطِ من الثَّمَنِ لِأَنَّهُ إذَا كان مُتَّصِلًا بِحَائِطِ الدَّارِ الْمَبِيعَةِ تَنَاوَلَهُ الْبَيْعُ فَكَانَ مَبِيعًا فَيَثْبُتُ الرُّجُوعُ عِنْدَ الِاسْتِحْقَاقِ وَإِنْ كان مُتَّصِلًا بِحَائِطِ الدَّارِ الْمَبِيعَةِ وَلِلْآخَرِ عليه جُذُوعٌ لَا يَرْجِعُ وَهَذَا يُؤَيِّدُ رِوَايَةَ الْكَرْخِيِّ أَنَّ صَاحِبَ الْجُذُوعِ أَوْلَى من صَاحِبِ الِاتِّصَالِ إذَا كان من جَانِبٍ وَاحِدٍ
وَلَوْ كان اتِّصَالَ تَرْبِيعٍ وَاسْتَحَقَّ الْمُشْتَرِي الرُّجُوعَ على الْبَائِعِ لَا تُنْزَعُ الْجُذُوعُ بَلْ تُتْرَكُ على حَالِهَا لِمَا ذَكَرْنَا وَلَوْ كان لِأَحَدِهِمَا عليه سُتْرَةٌ أو بِنَاءٌ وَصَاحِبُهُ مُقِرٌّ بِأَنَّ السُّتْرَةَ وَالْبِنَاءَ له فَالْحَائِطُ لِصَاحِبِ السُّتْرَةِ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمِلٌ الْحَائِطَ بِالسُّتْرَةِ فَكَانَ في يَدِهِ
وَلَوْ لم يَكُنْ عليه سُتْرَةٌ وَلَكِنْ لِأَحَدِهِمَا عليه مَرَادَيْ هو الْقَصَبُ الْمَوْضُوعُ على رَأْسِ الْجِدَارِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَلَا يَسْتَحِقُّ بِالْمُرَادِي وَالْبَوَادِي شيئا لِأَنَّ وَضْعَ الْمُرَادِي على الْحَائِطِ ليس بِأَمْرٍ مَقْصُودٍ لِأَنَّ الْحَائِطَ لَا يُبْنَى له فَكَانَ مُلْحَقًا بِالْعَدَمِ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الِاسْتِحْقَاقُ
وَلَوْ كان وَجْهُ الْحَائِطِ إلَى أَحَدِهِمَا وَظَهْرُهُ إلَى الْآخَرِ وكان أَنْصَافُ اللَّبِنِ أو الطَّاقَاتِ إلَى أَحَدِهِمَا فَلَا حُكْمَ لِشَيْءٍ من ذلك عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْحَائِطُ بَيْنَهُمَا وَعِنْدَهُمَا الْحَائِطُ لِمَنْ إلَيْهِ وَجْهُ الْبِنَاءِ وَأَنْصَافُ اللَّبِنِ وَالطَّاقَاتِ وَهَذَا إذَا جُعِلَ الْوَجْهُ وَقْتَ الْبِنَاءِ حين ما بَنَى فَأَمَّا إذَا جُعِلَ بَعْدَ الْبِنَاءِ بِالنَّقْشِ وَالتَّطْيِينِ فَلَا عِبْرَةَ بِذَلِكَ إجْمَاعًا
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا ادَّعَيَا بَابًا مُغْلَقًا على حَائِطٍ بين دَارَيْنِ وَالْغَلْقُ إلَى أَحَدِهِمَا فَالْبَابُ لَهُمَا عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لِمَنْ إلَيْهِ الْغَلْقُ
وَلَوْ كان لِلْبَابِ غَلَقَانِ من الْجَانِبَيْنِ فَهُوَ لَهُمَا إجْمَاعًا وَعَلَى هذا الْخِلَافِ خُصٌّ بين دَارَيْنِ أو بين كَرْمَيْنِ وَالْقِمْطُ إلَى أَحَدِهِمَا فَالْخُصُّ بَيْنَهُمَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَا يُنْظَرُ إلَى الْقِمْطِ وَعِنْدَهُمَا الْخُصُّ لِمَنْ إلَيْهِ الْقِمْطُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا في هذه الْمَسَائِلِ اعْتِبَارُ الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ فإن الناس في الْعَادَاتِ يَجْعَلُونَ وَجْهَ الْبِنَاءِ وَأَنْصَافَ اللَّبِنِ وَالطَّاقَاتِ وَالْغَلْقِ وَالْقِمْطِ إلَى صَاحِبِ الدَّارِ فَيَدُلُّ على أَنَّهُ بِنَاؤُهُ فَكَانَ في يَدِهِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ هذا دَلِيلُ الْيَدِ في الْمَاضِي لَا وَقْتَ الدَّعْوَةِ وَالْيَدُ في الْمَاضِي لَا تَدُلُّ على الْيَدِ وَقْتَ الدَّعْوَةِ وَالْحَاجَةُ في إثْبَاتِ الْيَدِ وَقْتَ الدَّعْوَةِ ثُمَّ في كل مَوْضِعٍ قضى بِالْمِلْكِ لِأَحَدِهِمَا لِكَوْنِ المدعي في يَدِهِ تَجِبُ

عليه الْيَمِينُ لِصَاحِبِهِ إذَا طُلِبَ فَإِنْ حَلَفَ برِىء وَإِنْ نَكِل يُقْضَى عليه بِالنُّكُولِ
وَعَلَى هذا إذَا اخْتَلَفَا في الْمُرُورِ في دَارٍ وَلِأَحَدِهِمَا بَابٌ من دَارِهِ إلَى تِلْكَ الدَّارِ فَلِصَاحِبِ الدَّارِ مَنْعُ صَاحِبِ الْبَابِ عن الْمُرُورِ فيها حتى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ إن له في دَارِهِ طَرِيقًا وَلَا يَسْتَحِقُّ صَاحِبُ الْبَابِ بِالْبَابِ شيئا لِأَنَّ فَتْحَ الْبَابِ إلَى دَارِ غَيْرِهِ قد يَكُونُ بِحَقٍّ لَازِمٍ وقد يَكُونُ بِغَيْرِ حَقٍّ أَصْلًا وقد يَكُونُ بِحَقٍّ غَيْرِ لَازِمٍ وهو الْإِبَاحَةُ فَلَا يَصْلُحُ دَلِيلًا على حَقِّ الْمُرُورِ في الدَّارِ مع الِاحْتِمَالِ
وَكَذَا لو شَهِدَ الشُّهُودُ أَنَّ صَاحِبَ الدَّارِ كان يَمُرُّ فيها لم يَسْتَحِقَّ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ شيئا لِاحْتِمَالِ أَنَّ مُرُورَهُ فيها كان غَصْبًا أو إبَاحَةً وَلَئِنْ دَلَّتْ على أَنَّهُ كان لِحَقِّ الْمُرُورِ لَكِنْ في الزَّمَانِ الْمَاضِي لِأَنَّ الشَّهَادَةَ قَامَتْ عليه فَلَا يَثْبُتُ بها الْحَقُّ لِلْحَالِ وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّ له فيها طَرِيقًا فَإِنْ حَدُّوا الطَّرِيقَ فَسَمَّوْا طُولَهُ وَعَرْضَهُ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ وَكَذَلِكَ إذَا لم يَحُدُّوهُ كَذَا ذُكِرَ في الْكِتَابِ
وَمِنْ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ من حَمَلَ الْمَسْأَلَةَ على ما إذَا شَهِدُوا على إقْرَارِ صَاحِبِ الدَّارِ بِالطَّرِيقِ لِأَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ مَجْهُولٌ وَجَهَالَةُ المشهو (((المشهود))) بِهِ تَمْنَعُ صِحَّةَ الشَّهَادَةِ
أَمَّا جَهَالَةُ الْمَقَرِّ بِهِ فَلَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ
وَمِنْهُمْ من أَجْرَى جَوَابَ الْكِتَابِ على إطْلَاقِهِ لِأَنَّ الطَّرِيقَ طُولُهُ مَعْلُومٌ وَعَرْضُهُ مِقْدَارُ عَرْضِ الْبَابِ في مُتَعَارَفِ الناس وَعَادَاتِهِمْ فَكَانَتْ هذه شَهَادَةً بِمَعْلُومٍ فَتُقْبَلُ وَكَذَلِكَ لو شَهِدُوا أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ وَتَرَكَ طَرِيقًا في هذه الدَّارِ فَهُوَ على ما ذَكَرْنَا
وَعَلَى هذا إذَا كان لِرَجُلٍ مِيزَابٌ في دَارِ رَجُلٍ فَاخْتَلَفَا في مَسِيلِ الْمَاءِ فَلِصَاحِبِ الدَّارِ أَنْ يَمْنَعَهُ عن التَّسْيِيلِ حتى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ له في هذه الدَّارِ مَسِيلَ مَاءٍ وَلَا يَسْتَحِقُّ صَاحِبُ الْمِيزَابِ بِنَفْسِ الْمِيزَابِ شيئا لِمَا ذَكَرْنَا وَذَكَرَ الْفَقِيهُ أبو اللَّيْثِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمِيزَابَ إذَا كان قَدِيمًا فَلَهُ حَقُّ التَّسْيِيلِ
وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ في كِتَابِ الشُّرْبِ في نَهْرٍ في أَرْضِ رَجُلٍ يَسِيلُ فيه الْمَاءُ فَاخْتَلَفَا في ذلك فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْمَاءِ لِأَنَّهُ إذَا كان يَسِيلُ

فيه الْمَاءُ كان النَّهْرُ مَشْغُولًا بِالْمَاءِ فَكَانَ النَّهْرُ مُسْتَعْمَلًا بِهِ فَكَانَ في يَدِهِ بِخِلَافِ الْمِيزَابِ فإن مَوْضُوعَ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إذَا لم يَكُنْ في الْمِيزَابِ مَاءٌ عِنْدَ الِاخْتِلَافِ حتى لو كان فيه مَاءٌ كان حُكْمُهُ حُكْمَ النَّهْرِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّهُمْ رَأَوْا الْمَاءَ يَسِيلُ في الْمِيزَابِ فَلَيْسَتْ هذه الشَّهَادَةُ بِشَيْءٍ لِأَنَّ التَّسْيِيلَ قد يَكُونُ بِغَيْرِ حَقٍّ وَكَذَا الشَّهَادَةُ ما قَامَتْ بِحَقٍّ كَائِنٍ على ما مَرَّ

وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّ له حَقًّا في الدَّارِ من حَيْثُ التَّسْيِيلُ فَإِنْ بَيَّنُوا أَنَّهُ لِمَاءِ الْمَطَرِ فَهُوَ لِمَاءِ الْمَطَرِ وَإِنْ بَيَّنُوا أَنَّهُ مَسِيلُ مَاءٍ دَائِمٍ لِلْغُسْلِ وَالْوُضُوءِ فَهُوَ كَذَلِكَ وَإِنْ لم يُبَيِّنُوا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ أَيْضًا وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ صَاحِبِ الدَّارِ مع يَمِينِهِ أَنَّهُ لِلْغُسْلِ وَالْوُضُوءِ أو لِمَاءِ الْمَطَرِ لِأَنَّ أَصْلَ الْحَقِّ ثَبَتَ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ وَبَقِيَتْ الصِّفَةُ مَجْهُولَةً فَيَتَبَيَّنُ بِبَيَانِ صَاحِبِ الدَّارِ لَكِنْ مع الْيَمِينِ وَإِنْ لم يَكُنْ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ أَصْلًا يُسْتَحْلَفُ صَاحِبُ الدَّارِ على ذلك فَإِنْ حَلَفَ برىء وَإِنْ نَكِل

يُقْضَى بِالنُّكُولِ كما في بَابِ الْأَمْوَالِ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ اخْتِلَافُ الزَّوْجَيْنِ في مَتَاعِ الْبَيْتِ وَلَا بَيِّنَةَ لِأَحَدِهِمَا على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ النِّكَاحِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ تَعَارُضِ الدَّعْوَتَيْنِ في قَدْرِ الْمِلْكِ فَهُوَ كَاخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعَيْنِ في قَدْرِ الثَّمَنِ أو الْمَبِيعِ فَنَقُولُ جُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْمُتَبَايِعَيْنِ إذَا اخْتَلَفَا فَلَا يخو (((يخلو))) إمَّا إنْ اخْتَلَفَا في الثَّمَنِ وَإِمَّا إنْ اخْتَلَفَا في الْمَبِيعِ فَإِنْ اخْتَلَفَا في الثَّمَنِ فَلَا يَخْلُو إمَّا إنْ اخْتَلَفَا في قَدْرِ الثَّمَنِ وَإِمَّا إنْ اخْتَلَفَا في جِنْسِهِ وَإِمَّا إنْ اخْتَلَفَا في وَقْتِهِ وهو الْأَجَلُ
فَإِنْ اخْتَلَفَا في قَدْرِهِ بِأَنْ قال الْبَائِعُ بِعْت مِنْك هذا الْعَبْدَ بِأَلْفَيْ دِرْهَمٍ وقال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْت بِأَلْفٍ
فَهَذَا لَا يَخْلُو إمَّا إنْ كانت السِّلْعَةُ قَائِمَةً وَإِمَّا إنْ كانت هَالِكَةً
فَإِنْ كانت قَائِمَةً فأما إنْ كانت قَائِمَةً على حَالِهَا لم تَتَغَيَّرْ
وأما إنْ تَغَيَّرَتْ إلَى الزِّيَادَةِ أو إلَى النُّقْصَانِ
فَإِنْ كانت قَائِمَةً على حَالِهَا لم تَتَغَيَّرْ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا
سَوَاءٌ كان قبل الْقَبْضِ أو بَعْدَهُ
أَمَّا قبل الْقَبْضِ فَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مدعي (((مدع))) وَمُدَّعًى عليه من وَجْهٍ
لِأَنَّ الْبَائِعَ يَدَّعِي على الْمُشْتَرِي زِيَادَةَ ثَمَنٍ وهو يُنْكِرُ
وَالْمُشْتَرِي يَدَّعِي على الْبَائِعِ تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ إلَيْهِ عِنْدَ أَدَاءِ الْأَلْفِ وهو يُنْكِرُ
فَيَتَحَالَفَانِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالْيَمِينُ على من أَنْكَرَ وَأَمَّا بَعْدَ الْقَبْضِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَحْلِفَ الْبَائِعُ وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُشْتَرِي مع يَمِينِهِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يَدَّعِي على الْبَائِعِ شيئا لِسَلَامَةِ الْمَبِيعِ له
وَالْبَائِعُ يَدَّعِي على الْمُشْتَرِي زِيَادَةَ ثَمَنٍ وهو يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مع يَمِينِهِ إلَّا أَنَّا عَرَفْنَا التَّحَالُفَ وهو الْحَلِفُ من الْجَانِبَيْنِ بِنَصٍّ خَاصٍّ وهو قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا وَيُبْدَأُ بِيَمِينِ الْمُشْتَرِي في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ
وهو قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَأَبِي يُوسُفَ الْآخَرُ
وفي قَوْلِهِ الْأَوَّلِ يُبْدَأُ بِيَمِينِ الْبَائِعِ وَيُقَالُ إنَّهُ قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ الْيَمِينَ وَظِيفَةُ الْمُنْكِرِ
وَالْمُشْتَرِي أَشَدُّ إنْكَارًا من الْبَائِعِ
لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ في الْحَالَيْنِ جميعا قبل الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ
وَالْبَائِعُ بَعْدَ الْقَبْضِ ليس بِمُنْكِرٍ
لِأَنَّ الْمُشْتَرِي لَا يَدَّعِي عليه شيئا فَكَانَ أَشَدَّ إنْكَارًا منه وَقَبْلَ الْقَبْضِ إنْ كان مُنْكِرًا لَكِنَّ الْمُشْتَرِي أَسْبَقُ إنْكَارًا منه لِأَنَّهُ يُطَالَبُ أَوَّلًا بِتَسْلِيمِ الثَّمَنِ حتى يَصِيرَ عَيْنًا وهو يُنْكِرُ فَكَانَ أَسْبَقَ إنْكَارًا من الْبَائِعِ فَيُبْدَأُ بِيَمِينِهِ
فَإِنْ نَكِلَ لَزِمَهُ دَعْوَى الْبَائِعِ لِأَنَّ النُّكُولَ بَذْلٌ أو إقْرَارٌ
وَإِنْ حَلَفَ يَحْلِفُ الْبَائِعُ
ثُمَّ إذَا تَحَالَفَا هل يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ بِنَفْسِ التَّحَالُفِ أو يُحْتَاجُ فيه إلَى فَسْخِ الْقَاضِي اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فيه
قال بَعْضُهُمْ يَنْفَسِخُ
بنفس (((بنفس))) التَّحَالُفِ لِأَنَّهُمَا إذَا تُحَالَفَا لم يَكُنْ في بَقَاءِ الْعَقْدِ فَائِدَةٌ فَيَنْفَسِخُ
وقال بَعْضُهُمْ لَا يَنْفَسِخُ إلَّا بِفَسْخِ الْقَاضِي عِنْدَ طَلَبِهِمَا أو طَلَبِ أَحَدِهِمَا وهو الصَّحِيحُ

حتى لو أَرَادَ أَحَدُهُمَا إمْضَاءَ الْبَيْعِ بِمَا يَقُولُهُ صَاحِبُهُ فَلَهُ ذلك من غَيْرِ تَجْدِيدِ الْعَقْدِ لِأَنَّ احْتِمَالَ الْفَائِدَةِ ثَابِتٌ لِاحْتِمَالِ التَّصْدِيقِ من أَحَدِهِمَا لِصَاحِبِهِ وَالْعَقْدُ الْمُنْعَقِدُ قد يَبْقَى لِفَائِدَةٍ مُحْتَمِلَةِ الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ لِأَنَّهُ انْعَقَدَ بِيَقِينٍ فَلَا يَزُولُ لِاحْتِمَالِ عَدَمِ الْفَائِدَةِ على الْأَصْلِ الْمَعْهُودِ في الثَّابِتِ بِيَقِينٍ لِأَنَّهُ لَا يَزُولُ بِالِاحْتِمَالِ فَلَا يَنْفَسِخُ إلَّا بِفَسْخِ الْقَاضِي وَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ لِانْعِدَامِ الْفَائِدَةِ لِلْحَالِ وَلِأَنَّ الْمُنَازَعَةَ لَا تَنْدَفِعُ إلَّا بِفَسْخِ الْقَاضِي لِأَنَّهُمَا لَمَّا تَحَالَفَا صَارَ الثَّمَنُ مَجْهُولًا فَيَتَنَازَعَانِ فَلَا بُدَّ من قَطْعِ الْمُنَازَعَةِ وَلَا تَنْقَطِعُ إلَّا بِالْقَضَاءِ بِالْفَسْخِ
هذا إذَا كانت السِّلْعَةُ قَائِمَةً بِعَيْنِهَا من غَيْرِ تَغَيُّرٍ فَأَمَّا إذَا كانت تَغَيَّرَتْ ثُمَّ اخْتَلَفَا في قَدْرِ الثَّمَنِ فَلَا يَخْلُو أما إن تَغَيَّرَتْ إلَى الزِّيَادَةِ وَإِمَّا إن تَغَيَّرَتْ إلَى النُّقْصَانِ فَإِنْ كان التَّغْيِيرُ إلَى الزِّيَادَةِ فَإِنْ كانت الزِّيَادَةُ مُتَّصِلَةً مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ كَالسِّمْنِ وَالْجَمَالِ مَنَعَتْ التَّحَالُفَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ

(6/259)

اللَّهُ لَا تَمْنَعُ وَيَرُدُّ الْمُشْتَرِي الْعَيْنَ بِنَاءً على أَنَّ هذه الزِّيَادَةَ تُمْنَعُ الْفَسْخَ عِنْدَهُمَا في عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ فَتَمْنَعُ التَّحَالُفَ وَعِنْدَهُ لَا تَمْنَعُ الْفَسْخَ فَلَا تَمْنَعُ التَّحَالُفَ
وَإِنْ كانت الزِّيَادَةُ مُتَّصِلَة غير مُتَوَلِّدَةٍ من الْأَصْلِ كَالصَّبْغِ في الثَّوْبِ وَالْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ في الْأَرْضِ فَكَذَلِكَ تَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ لَا تَمْنَعُ وَيَرُدُّ الْمُشْتَرِي الْقِيمَةَ لِمَنْ هُمَا عِنْدَهُ لِأَنَّ هذا النَّوْعَ من الزِّيَادَةِ بِمَنْزِلَةِ الْهَلَاكِ وَهَلَاكُ السِّلْعَةِ يَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ لَا يَمْنَعُ وَيَرُدُّ الْمُشْتَرِي الزِّيَادَةَ
وَإِنْ كانت الزِّيَادَةُ مُنْفَصِلَةً مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ كَالْوَلَدِ وَالْأَرْشِ وَالْعُقْرِ فَهُوَ على هذا الِاخْتِلَافِ
وَإِنْ كانت الزِّيَادَةُ مُتَّصِلَةً غير مُتَوَلِّدَةٍ من الْأَصْلِ كَالْمَوْهُوبِ في الْمَكْسُوبِ لَا تَمْنَعُ التَّحَالُفَ إجْمَاعًا فَيَتَحَالَفَانِ وَيَرُدُّ الْمُشْتَرِي الْعَيْنَ لِأَنَّ هذه الزِّيَادَةَ لَا تَمْنَعُ الْفَسْخَ في عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ فَلَا تَمْنَعُ التَّحَالُفَ
وَكَذَا هِيَ لَيْسَتْ في مَعْنَى هَلَاكِ الْعَيْنِ فَلَا تَمْنَعُ التَّحَالُفَ
وإذا تَحَالَفَا يَرُدُّ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ دُونَ الزِّيَادَةِ وَكَانَتْ الزِّيَادَةُ له لِأَنَّهَا حَدَثَتْ على مِلْكِهِ وَتَطِيبُ له لِعَدَمِ تَمَكُّنِ الْخِبْثِ فيها
هذا إذَا تَغَيَّرَتْ السِّلْعَةُ إلَى الزِّيَادَةِ فَأَمَّا إذَا تَغَيَّرَتْ إلَى النُّقْصَانِ في يَدِ الْمُشْتَرِي فَنَذْكُرُ حُكْمَهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
هذا إذَا كانت السِّلْعَةُ قَائِمَةً
فَأَمَّا إذَا كانت هَالِكَةً فَلَا يَتَحَالَفَانِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَالْقَوْلُ قَوْلَ الْمُشْتَرِي مع يَمِينِهِ في مِقْدَارِ الثَّمَنِ
فَإِنْ حَلَفَ لَزِمَهُ ما أَقَرَّ بِهِ
وَإِنْ نَكِلَ لَزِمَهُ دَعْوَى صَاحِبِهِ
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَتَحَالَفَانِ وَيَرُدُّ الْمُشْتَرِي الْقِيمَةَ
فَإِنْ اخْتَلَفَا في مِقْدَارِ الْقِيمَةِ على قَوْلِهِ كان الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُشْتَرِي مع يَمِينِهِ في مِقْدَارِ الْقِيمَةِ
وَلَقَبُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ هَلَاكَ السِّلْعَةِ هل يَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَهُمَا يَمْنَعُ وَعِنْدَهُ لَا يَمْنَعُ

وَاحْتَجَّ بِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا
أَثْبَتَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ التَّحَالُفَ مُطْلَقًا عن شَرْطِ قِيَامِ السِّلْعَةِ وَلَا يُقَالُ
وَرَدَ هُنَا نَصٌّ خَاصٌّ مُقَيَّدٌ بِحَالِ قِيَامِ السِّلْعَةِ
وهو قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا
تَحَالَفَا وَتَرَادَّا لِأَنَّ الْمَذْهَبَ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُطْلَقَ لَا يُحْمَلُ على الْمُقَيَّدِ لِمَا في
الْحَمْلِ من ضَرْبِ النُّصُوصِ بَعْضِهَا في بَعْضٍ بَلْ يَجْرِي الْمُطْلَقُ على إطْلَاقِهِ
وَالْمُقَيَّدُ على تَقْيِيدِهِ
فَكَانَ جَرَيَانُ التَّحَالُفِ حَالَ قِيَامِ السِّلْعَةِ ثَابِتًا بِنَصَّيْنِ وَحَالُ هَلَاكِهَا ثَابِتًا بِنَصٍّ
وَاحِدٍ وهو النَّصُّ الْمُطْلَقُ وَلَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِهِمَا جميعا
وَلَهُمَا الْحَدِيثُ الْمَشْهُورُ وهو قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالْيَمِينُ على من
أَنْكَرَ فَبَقِيَ التَّحَالُفُ وهو الْحَلِفُ من الْجَانِبَيْنِ بَعْدَ قَبْضِ الْمَعْقُودِ عليه لِأَنَّهُ
عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَوْجَبَ جِنْسَ الْيَمِينِ على جِنْسِ الْمُنْكِرِينَ
فَلَوْ وَجَبَتْ يَمِينٌ لَا على مُنْكِرٍ لم يَكُنْ جِنْسُ الْيَمِينِ على جِنْسِ الْمُنْكِرِينَ
وَهَذَا خِلَافُ النَّصِّ وَالْمُنْكِرُ بَعْدَ قَبْضِ الْمَعْقُودِ عليه هو الْمُشْتَرِي
لِأَنَّ الْبَائِعَ يَدَّعِي عليه زِيَادَةَ ثَمَنٍ وهو يُنْكِرُ
فَأَمَّا الْإِنْكَارُ من قِبَلِ الْبَائِعِ فَلِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يَدَّعِي عليه شيئا فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ
لَا يَجِبَ التَّحَالُفُ حَالَ قِيَامِ السِّلْعَةِ أَيْضًا إلَّا أَنَّا عَرَفْنَا ذلك بِنَصٍّ خَاصٍّ مُقَيَّدٍ
وهو قَوْلُهُ عليه السلام إذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا تَحَالَفَا
وَتَرَادَّا
وَهَذَا الْقَيْدُ ثَابِتٌ في النَّصِّ الْآخَرِ أَيْضًا دَلَالَةً لِأَنَّهُ قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
وَتَرَادَّا
وَالتَّرَادُّ لَا يَكُونُ إلَّا حَالَ قِيَامِ السِّلْعَةِ فَبَقِيَ التَّحَالُفُ حَالَ هَلَاكِ السِّلْعَةِ منبتا (((مثبتا))) بِالْخَبَرِ الْمَشْهُورِ وَيَسْتَوِي هَلَاكُ كل السِّلْعَةِ وَبَعْضِهَا في الْمَنْعِ
من التَّحَالُفِ أَصْلًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ هَلَاكُ السِّلْعَةِ يَمْنَعُ التَّحَالُفَ في قَدْرِ الْهَالِكِ لَا غير وَعِنْدَ
مُحَمَّدٍ لَا يَمْنَعُ أَصْلًا حتى لو اشْتَرَى عَبْدَيْنِ فَقَبَضَهُمَا ثُمَّ هَلَكَ أَحَدُهُمَا ثُمَّ اخْتَلَفَا
في مِقْدَارِ الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَلَا يَتَحَالَفَانِ إلَّا أَنْ
يرضي الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ الْقَائِمَ وَلَا يَأْخُذُ من ثَمَنِ الْهَالِكِ شيئا فَحِينَئِذٍ يَتَحَالَفَانِ
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا يَتَحَالَفَانِ على الْهَالِكِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي في حِصَّةِ
الْهَالِكِ وَيَتَحَالَفَانِ على الْقَائِمِ وَيَتَرَادَّانِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَتَحَالَفَانِ عَلَيْهِمَا وَيَرُدُّ
قِيمَةَ الْهَالِكِ أَمَّا مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فَقَدْ مَرَّ على أَصْلِهِ لِأَنَّ هَلَاكَ كل السِّلْعَةِ
عِنْدَهُ لَا يَمْنَعُ التَّحَالُفَ فَهَلَاكُ الْبَعْضِ أَوْلَى
وَكَذَلِكَ لِأَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْمَانِعَ من التَّحَالُفِ هو الْهَلَاكُ فَيَتَقَدَّرُ الْمَنْعُ بِقَدْرِهِ
تَقْدِيرًا لِلْحُكْمِ بِقَدْرِ الْعِلَّةِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الحديث يَنْفِي التَّحَالُفَ بَعْدَ قَبْضِ
السِّلْعَةِ لِمَا ذَكَرْنَا إلَّا أَنَّا عَرَفْنَا ذلك بِنَصٍّ خَاصٍّ وَالنَّصُّ وَرَدَ في حَالِ قِيَامِ كل
السِّلْعَةِ فَبَقِيَ التَّحَالُفُ حَالَ هَلَاكِ بَعْضِهَا مَنْفِيًّا بِالْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ وَلِأَنَّ قَدْرَ
الثَّمَنِ الذي يُقَابِلُ الْقَائِمَ مَجْهُولٌ لَا يُعْرَفُ إلَّا بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ فَلَا يَجُوزُ التَّحَالُفُ
عليه إلَّا إذَا شَاءَ الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ الحي (((الحد))) وَلَا يَأْخُذَ من ثَمَنِ الْهَالِكِ
شيئا فَحِينَئِذٍ يَتَحَالَفَانِ لِأَنَّهُ رضي أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ كُلُّهُ بِمُقَابِلَةِ الْقَائِمِ فَيَخْرُجُ
الْهَالِكُ

عن الْعَقْدِ كَأَنَّهُ ما وَقَعَ الْعَقْدُ عليه وَإِنَّمَا وَقَعَ على الْقِيَامِ فَيَتَحَالَفَانِ عليه
وَسَوَاءٌ كان هَلَاكُ الْمَبِيعِ حَقِيقَةً أو حُكْمًا بِأَنْ خَرَجَ عن مِلْكِ الْمُشْتَرِي بِسَبَبٍ
من الْأَسْبَابِ لِأَنَّ الْهَالِكَ حُكْمًا يُلْحَقُ بِالْهَالِكِ حَقِيقَةً وقد مَرَّ الِاخْتِلَافُ فيه
وَسَوَاءٌ خَرَجَ كُلُّهُ أو بَعْضُهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فَخُرُوجُ الْبَعْضِ في
الْمَنْعِ من التَّحَالُفِ بِمَنْزِلَةِ خُرُوجِ الْكُلِّ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ التَّحَالُفَ هُنَا يُؤَدِّي إلَى
تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ على الْبَائِعِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ إلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ الْقَائِمَ
وَحِصَّةَ الْخَارِجِ من الثَّمَنِ بِقَوْلِ الْمُشْتَرِي فَحِينَئِذٍ يَتَحَالَفَانِ على الْقَائِمِ وَيَرُدُّ
الْمُشْتَرِي ما بَقِيَ في مِلْكِهِ وَعَلَيْهِ حِصَّةُ الْخَارِجِ بِقَوْلِهِ وَهَذَا عِنْدَ أبي يُوسُفَ
فَأَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَلَا يَتَحَالَفَانِ في الْأَحْوَالِ كُلِّهَا وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَيَتَحَالَفَانِ
لِأَنَّ الْحَقِيقِيَّ لَا يَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَهُ فَالْحُكْمِيُّ أَوْلَى ثُمَّ هَلَاكُ الْكُلِّ بِأَنْ خَرَجَ
كُلُّهُ عن مِلْكِهِ لَا يَمْنَعُ التَّحَالُفَ فَهَلَاكُ الْبَعْضِ أَوْلَى وإذا تَحَالَفَا عِنْدَهُ فَإِنْ هَلَكَ
كُلُّ الْمَبِيعِ بِأَنْ خَرَجَ كُلُّهُ عن مِلْكِهِ يَرُدُّ الْمُشْتَرِي الْقِيمَةَ إنْ لم يَكُنْ مِثْلِيًّا
وَالْمِثْلُ إنْ كان مِثْلِيًّا
وَإِنْ هَلَكَ بَعْضُهُ بِأَنْ خَرَجَ الْبَعْضُ عن مِلْكِهِ دُونَ الْبَعْضِ يُنْظَرُ إنْ كان الْمَبِيعُ
مِمَّا في تَبْعِيضِهِ ضَرَرٌ أو في تَشْقِيصِهِ عَيْبٌ فَالْبَائِعُ بَعْدَ التَّحَالُفِ بِالْخِيَارِ إنْ
شَاءَ أَخَذَ الْبَاقِيَ وَقِيمَةَ الْهَالِكِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ الْبَاقِيَ وَأَخَذَ قِيمَةَ الْكُلِّ وَإِنْ كان
الْمَبِيعُ مِمَّا لَا ضَرَرَ في تَبْعِيضِهِ وَلَا عَيْبَ في تَشْقِيصِهِ فَلِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَ الْبَاقِيَ
وَمِثْلَ الْفَائِتِ إنْ كان مِثْلِيًّا وَقِيمَتَهُ إنْ لم يَكُنْ مِثْلِيًّا
وَلَوْ خَرَجَتْ السِّلْعَةُ عن مِلْكِ الْمُشْتَرِي ثُمَّ عَادَتْ إله (((إليه))) ثُمَّ اخْتَلَفَا
في مِقْدَارِ الثَّمَنِ نُظِرَ في ذلك إنْ كان الْعَوْدُ فَسْخًا بِأَنْ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَرَدَّهُ
بِقَضَاءِ الْقَاضِي يَتَحَالَفَانِ وَيَرُدُّ الْعَيْنَ لِأَنَّ الْفَسْخَ رَفْعٌ من الْأَصْلِ فَجُعِلَ كَأَنَّهُ لم
يَكُنْ وإذا لم يَكُنْ الْعَوْدُ فَسْخًا بِأَنْ كان مِلْكًا جَدِيدًا لَا يَتَحَالَفَانِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ
وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِأَنَّ الْعَوْدَ إذَا لم يَكُنْ فَسْخًا لَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الْهَلَاكَ لم
يَكُنْ وَالْهَلَاكُ يَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَتَحَالَفَانِ وَيَرُدُّ الْمُشْتَرِي
الْقِيمَةَ لَا الْعَيْنَ
وَكَذَلِكَ لو لم يَخْرُجْ الْمَبِيعُ عن مِلْكِهِ لَكِنَّهُ صَارَ بِحَالٍ يَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ إمَّا
بِالزِّيَادَةِ وَإِمَّا بِالنُّقْصَانِ أَمَّا حُكْمُ الزِّيَادَةِ فَقَدْ مَرَّ تَفْصِيلُ الْكَلَامِ فيه وَأَمَّا حُكْمُ
النُّقْصَانِ فَيُخَرَّجُ على هذا الْأَصْلِ لِأَنَّ النُّقْصَانَ من بَابِ الْهَلَاكِ فَنَقُولُ إذَا
انتقص (((انتقض))) الْمَبِيعُ في يَدِ الْمُشْتَرِي ثُمَّ اخْتَلَفَا في مِقْدَارِ الثَّمَنِ
لم يَتَحَالَفَا عِنْدَهُمَا سَوَاءٌ كان النُّقْصَانُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو بِفِعْلِ الْمَبِيعِ أو بِفِعْلِ
الْمُشْتَرِي أو بِفِعْلِ الْأَجْنَبِيِّ أو بِفِعْلِ الْبَائِعِ لِأَنَّ نُقْصَانَ الْمَبِيعِ هَلَاكُ جُزْءٍ منه
وَهَلَاكُ الْجُزْءِ في الْمَنْعِ من التَّحَالُفِ كَهَلَاكِ الْكُلِّ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي
اللَّهُ عنه فَلَا يَتَحَالَفَانِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي إلَّا إذَا كان النُّقْصَانُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ
أو بِفِعْلِ الْمَبِيعِ أو بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي وَرَضِيَ الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ الْمَبِيعَ نَاقِصًا وَلَا يَأْخُذُ
لِأَجَلِ النُّقْصَانِ شيئا فَحِينَئِذٍ يَتَحَالَفَانِ وَيُتَرَادَّانِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَتَحَالَفَانِ ثُمَّ الْبَائِعُ
بَعْدَ التَّحَالُفِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ الْمَبِيعَ نَاقِصًا وَلَا يَأْخُذُ لِأَجَلِ النُّقْصَانِ شيئا
وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وَأَخَذَ الْقِيمَةَ
وقال بَعْضُهُمْ على قَوْلِ مُحَمَّدٍ إنْ اخْتَارَ أَخْذَ الْعَيْنِ يَأْخُذُ مَعَهَا النُّقْصَانَ
كَالْمَقْبُوضِ بِالْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَإِنْ كان النُّقْصَانُ بِفِعْلِ الْأَجْنَبِيِّ أو بِفِعْلِ الْبَائِعِ
يَتَحَالَفَانِ وَيَرُدُّ الْمُشْتَرِي الْقِيمَةَ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَتَحَالَفَانِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ
الْمُشْتَرِي مع يَمِينِهِ هذا إذَا اخْتَلَفَا في قَدْرِ الثَّمَنِ فَأَمَّا إذَا اخْتَلَفَا في جِنْسِهِ
بِأَنْ قال أَحَدُهُمَا الثَّمَنُ عَيْنٌ وقال الْآخَرُ هو دِينٌ فَإِنْ كان مُدَّعِي الْعَيْنِ هو

الْبَائِعَ بِأَنْ قال لِلْمُشْتَرِي بِعْت مِنْك جَارِيَتِي بِعَبْدِك هذا
وقال الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ اشْتَرَيْتهَا مِنْك بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَإِنْ كانت الْجَارِيَةُ قَائِمَةً تَحَالَفَا وتردا (((وترادا))) لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا من غَيْرِ فَصَلٍ بين ما إذَا كان الِاخْتِلَافُ في قَدْرِ الثَّمَنِ أو في جِنْسِهِ
وَإِنْ كانت هَالِكَةً عِنْدَ الْمُشْتَرِي لَا يَتَحَالَفَانِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي في الثَّمَنِ مع يَمِينِهِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَتَحَالَفَانِ وَهِيَ مَسْأَلَةُ هَلَاكِ السِّلْعَةِ وقد مَرَّتْ وَإِنْ كان مُدَّعِي الْعَيْنِ هو الْمُشْتَرِي بِأَنْ قال اشْتَرَيْت جَارِيَتَك بِعَبْدِي هذا
وقال الْبَائِعُ بِعْتهَا مِنْك بِأَلْفِ دِرْهَمٍ أو بِمِائَةِ دِينَارٍ فَإِنْ كانت الْجَارِيَةُ قَائِمَةً يَتَحَالَفَانِ بِالنَّصِّ وَإِنْ كانت هَالِكَةً يَتَحَالَفَانِ أَيْضًا إجْمَاعًا وَيَرُدُّ الْمُشْتَرِي الْقِيمَةَ أما على أَصْلِ مُحَمَّدٍ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ هَلَاكَ السِّلْعَةِ عِنْدَهُ لَا يَمْنَعُ التَّحَالُفَ وأما على أَصْلِهِمَا فَلِأَنَّ وُجُوبَ الْيَمِينِ على الْمُشْتَرِي ظَاهِرٌ أَيْضًا لِأَنَّ الْبَائِعَ يَدَّعِي عليه ثَمَنَ الْجَارِيَةِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وهو يُنْكِرُ
وَأَمَّا وُجُوبُ الْيَمِينِ على الْبَائِعِ فَلِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ يَدَّعِي عليه إلزم (((إلزام))) الْعَيْنِ وهو يُنْكِرُ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعِيًا من وَجْهٍ مُنْكِرًا من وَجْهٍ فَيَتَحَالَفَانِ وَلَوْ كان الْبَائِعُ يَدَّعِي عَيْنًا وَالْبَعْضَ دَيْنًا وَالْمُشْتَرِي يَدَّعِي

الْكُلَّ دَيْنًا بِأَنْ قال الْبَائِعُ بِعْت مِنْك جَارِيَتِي بِعَبْدِك هذا وَبِأَلْفِ دِرْهَمٍ
وقال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْت جَارِيَتَك بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَإِنْ كان الْمَبِيعُ وهو الْجَارِيَةُ قَائِمًا تَحَالَفَا بِالنَّصِّ وَإِنْ كان هَالِكًا فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ وَلَوْ كان الْأَمْرُ على الْعَكْسِ من ذلك كَأَنْ يَدَّعِيَ الْبَعْضَ عَيْنًا وَالْبَعْضَ دَيْنًا وَالْبَائِعُ يَدَّعِي الْكُلَّ دَيْنًا بِأَنْ قال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْت مِنْك جَارِيَتَك بِعَبْدِي هذا وَبِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَقِيمَةُ الْعَبْدِ خَمْسُمِائَةٍ
وقال الْبَائِعُ بِعْتُك جَارِيَتِي هذه بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَإِنْ كانت الْجَارِيَةُ قَائِمَةً تَحَالَفَا وَتَرَادَّا بِالنَّصِّ وَإِنْ كانت هَالِكَةً يَتَحَالَفَانِ أَيْضًا إجْمَاعًا إلَّا أَنَّ عِنْدَهُمَا تُقَسَّمُ الْجَارِيَةُ على قِيمَة الْعَبْدِ وَعَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ فما كان بِإِزَاءِ الْعَيْنِ وهو الْعَبْدُ وَذَلِكَ ثُلُثُ الْجَارِيَةِ يَرُدُّ الْمُشْتَرِي الْقِيمَةَ وما كان بِإِزَاءِ الدَّيْنِ وهو الْأَلْفُ وَذَلِكَ ثُلُثَا الْجَارِيَةِ يَرُدُّ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَلَا يَرُدُّ الْقِيمَةَ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لو كان يَدَّعِي كُلَّ الثَّمَنِ عَيْنًا كَانَا يَتَحَالَفَانِ وَيَرُدُّ الْمُشْتَرِي الْقِيمَةَ على ما ذَكَرْنَا وَلَوْ كان كُلُّ الثَّمَنِ دَيْنًا لَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ وَلَا يَتَحَالَفَانِ على ما مَرَّ فإذا كان يَدَّعِي بَعْضَ الثَّمَنِ عَيْنًا وَبَعْضَهُ دَيْنًا يَرُدُّ الْقِيمَةَ بِإِزَاءِ الْعَيْنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بِإِزَاءِ الدَّيْنِ اعْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالْكُلِّ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَتَحَالَفَانِ وَيَرُدُّ الْمُشْتَرِي جَمِيعَ الثَّمَنِ هذا إذَا اخْتَلَفَا في جِنْسِ الثَّمَنِ فَأَمَّا إذَا اخْتَلَفَا في وَقْتِهِ وهو الْأَجَلُ مع اتِّفَاقِهِمَا على قَدْرِهِ وَجِنْسِهِ فَنَقُولُ هذا لَا يَخْلُو من أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ إمَّا إنْ اخْتَلَفَا في أَصْلِ الْأَجَلِ وَإِمَّا إنْ اخْتَلَفَا في قَدْرِهِ وَإِمَّا إن اخْتَلَفَا في مُضِيِّهِ وَإِمَّا إن اخْتَلَفَا في قَدْرِهِ وَمُضِيِّهِ جميعا فَإِنْ اخْتَلَفَا في أَصْلِهِ لَا يَتَحَالَفَانِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مع يَمِينِهِ لِأَنَّ الْأَجَلَ أَمْرٌ يُسْتَفَادُ من قِبَلِهِ وهو مُنْكِرٌ لِوُجُودِهِ وَلِأَنَّ الْأَصْلَ في الثَّمَنِ هو الْحُلُولُ وَالتَّأْجِيلُ عَارِضٌ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ من يَدَّعِي الْأَصْلَ وَإِنْ

اخْتَلَفَا في قَدْرِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ أَيْضًا لِمَا قُلْنَا
وَإِنْ اخْتَلَفَا في مُضِيِّهِ مع اتِّفَاقِهِمَا على أَصْلِهِ وَقَدْرِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لم يَمْضِ لِأَنَّ الْأَجَلَ صَارَ حَقًّا له بِتَصَادُقِهِمَا فَكَانَ الْقَوْلُ فيه قَوْلَهُ وَإِنْ اخْتَلَفَا في الْقَدْرِ وَالْمُضِيِّ جميعا فقال الْبَائِعُ الْأَجَلُ شَهْرٌ وقد مَضَى وقال الْمُشْتَرِي شَهْرَانِ ولم يَمْضِيَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ في الْقَدْرِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي في الْمُضِيِّ فَيُجْعَلُ الْأَجَلُ شَهْرًا لم يَمْضِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يَشْهَدُ لِلْبَائِعِ في الْقَدْرِ وَلِلْمُشْتَرِي في الْمُضِيِّ على ما مَرَّ
هذا إذَا هَلَكَ الْمَبِيعُ كُلُّهُ أو بَعْضُهُ حَقِيقَةً أو حُكْمًا فَأَمَّا إذَا هَلَكَ الْعَاقِدَانِ أو أَحَدُهُمَا وَالْمَبِيعُ قَائِمٌ فَاخْتَلَفَ وَرَثَتُهُمَا أو الْحَيُّ مِنْهُمَا وَوَرَثَةُ الْمَيِّتِ فَإِنْ كانت السِّلْعَةُ غير مَقْبُوضَةٍ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا لِأَنَّ لِلْقَبْضِ شَبَهًا بِالْعَقْدِ فَكَانَ قَبْضُ الْمَعْقُودِ عليه من الْوَارِثِ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ منه فَيَجْرِي بَيْنَهُمَا التَّحَالُفُ إلَّا أَنَّ الْوَارِثَ يَحْلِفُ على الْعِلْمِ لَا على الْبَتَاتِ لِأَنَّهُ يَحْلِفُ على فِعْلِ الْغَيْرِ وَلَا عِلْمَ له بِهِ وَإِنْ كانت السِّلْعَةُ مَقْبُوضَةً فَلَا تَحَالُفَ عِنْدَهُمَا وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي أو وَرَثَتِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَتَحَالَفَانِ
وَالْأَصْلُ أَنَّ هَلَاكَ الْعَاقِدِ بَعْدَ قَبْضِ الْمَعْقُودِ عليه كَهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عليه وَهَلَاكُ الْمَعْقُودِ عليه يَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَهُمَا فَكَذَا هَلَاكُ الْعَاقِدِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ذلك لَا يَمْنَعُ من التَّحَالُفِ كَذَا هذا
وَالصَّحِيحُ قَوْلُهُمَا لِأَنَّ الْخَبَرَ الْمَشْهُورَ يَمْنَعُ من التَّحَالُفِ لَكِنَّا عَرَفْنَاهُ بِنَصٍّ خَاصٍّ حَالَ قِيَامِ الْعَاقِدَيْنِ لِأَنَّهُ يُوجِبُ تَحَالُفَ الْمُتَبَايِعَيْنِ وَالْمُتَبَايِعُ من وُجِدَ منه فِعْلُ الْبَيْعِ ولم يُوجَدْ من الْوَارِثِ حَقِيقَةً فَبَقِيَ التَّحَالُفُ بَعْدَ هَلَاكِهِمَا أو هَلَاكِ أَحَدِهِمَا مَنْفِيًّا بِالْخَبَرِ الْمَشْهُورِ
هذا إذَا اخْتَلَفَا في الثَّمَنِ أَمَّا إذَا اخْتَلَفَا في الْمَبِيعِ فَنَقُولُ لَا يَخْلُو الْمَبِيعُ من أَنْ يَكُونَ عَيْنًا أو دَيْنًا وهو الْمُسَلَّمُ فيه فَإِنْ كان عَيْنًا فَاخْتَلَفَا في جِنْسِهِ أو في قَدْرِهِ بِأَنْ قال الْبَائِعُ بِعْت مِنْك هذا الْعَبْدَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وقال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْت مِنْك هذه الْجَارِيَةَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ أو قال الْبَائِعُ بِعْت مِنْك هذا الْعَبْدَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وقال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْت مِنْك هذا الْعَبْدَ مع هذه الْجَارِيَةِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا
وَإِنْ كان دَيْنًا وهو الْمُسَلَّمُ فيه فَاخْتَلَفَا فَنَقُولُ اخْتِلَافُهُمَا في الْأَصْلِ لَا يَخْلُو من ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ إمَّا إنْ اخْتَلَفَا في الْمُسَلَّمِ فيه مع اتِّفَاقِهِمَا على رَأْسِ الْمَالِ وَإِمَّا إنْ اخْتَلَفَا في رَأْسِ الْمَالِ مع اتِّفَاقِهِمَا في الْمُسَلَّمِ فيه
وَإِمَّا إنْ اخْتَلَفَا فِيهِمَا جميعا فَإِنْ اخْتَلَفَا في الْمُسَلَّمِ فيه مع اتِّفَاقِهِمَا على رَأْس الْمَالِ فأما إنْ اخْتَلَفَا في جِنْسِ الْمُسَلَّمِ فيه وأما إنْ اخْتَلَفَا في قَدْرِهِ وأما إنْ اخْتَلَفَا في صِفَتِهِ وأما إنْ اخْتَلَفَا في مَكَانِ إيفَائِهِ وأما إنْ اخْتَلَفَا في وَقْتِهِ وهو الْأَجَلُ فَإِنْ اخْتَلَفَا في جِنْسِهِ أو قَدْرِهِ أو صِفَتِهِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا لِأَنَّ هذا اخْتِلَافٌ في الْمَعْقُودِ عليه وَأَنَّهُ يُوجِبُ التَّحَالُفَ بِالنَّصِّ وَالَّذِي يَبْدَأُ بِالْيَمِينِ هو الْمُسْلِمُ إلَيْهِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ الْأَوَّلُ وفي قَوْلِهِ الْآخَرِ وهو قَوْلُ مُحَمَّدٍ هو رَبُّ السَّلَمِ
وَجْهُ

قَوْلِهِمَا أَنَّ الِابْتِدَاءَ بِالْيَمِينِ من الْمُشْتَرِي كما في بَيْعِ الْعَيْنِ وَرَبِّ السَّلَمِ هو الْمُشْتَرِي فَكَانَتْ الْبِدَايَةُ بِهِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْيَمِينَ على الْمُنْكِرِ وَالْمُنْكِرُ هو الْمُسَلَّمُ إلَيْهِ وَلَا إنْكَارَ مع رَبِّ السَّلَمِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَحْلِفَ أَصْلًا إلَّا أَنَّ التَّحْلِيفَ في جَانِبِهِ ثَبَتَ بِالنَّصِّ
وقد رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَيْضًا أَنَّهُ قال أَيُّهُمَا بَدَأَ بِالدَّعْوَى يَسْتَحْلِفُ الْآخَرُ لِأَنَّهُ صَارَ مدعيا (((مدعى))) عليه وهو مُنْكِرٌ وقال بَعْضُهُمْ التَّعْيِينُ إلَى الْقَاضِي يَبْدَأُ بِأَيِّهِمَا شَاءَ وَإِنْ شَاءَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا فَيَبْدَأُ بِالَّذِي خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ
وَلَوْ اخْتَلَفَا في مَكَانِ إيفَاءِ الْمُسَلَّمِ فيه
فقال رَبُّ السَّلَمِ شَرَطْت عَلَيْك الْإِيفَاءَ في مَكَانِ كَذَا
وقال الْمُسَلَّمُ إلَيْهِ بَلْ شَرَطْت لَك الْإِيفَاءَ في مَكَانِ كَذَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسَلَّمِ إلَيْهِ وَلَا يَتَحَالَفَانِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَتَحَالَفَانِ بِنَاءً على أَنَّ مَكَانَ الْعَقْدِ لَا يَتَعَيَّنُ مَكَانُ الْإِيفَاءِ عِنْدَهُ حتى كان تَرْكُ بَيَانِ مَكَانِ الْإِيفَاءِ مُفْسِدًا لِلسَّلَمِ عِنْدَهُ فلم يَدْخُلْ مَكَانُ الْإِيفَاءِ في الْعَقْدِ بِنَفْسِهِ بَلْ بِالشَّرْطِ وَالِاخْتِلَافُ فِيمَا لَا يَدْخُلُ في الْعَقْدِ إلَّا بِالشَّرْطِ لَا يُوجِبُ التَّحَالُفَ كَالْأَجَلِ وَعِنْدَهُمَا مَكَانُ الْعَقْدِ يَتَعَيَّنُ مَكَانًا لِلْإِيفَاءِ حتى لَا يَفْسُدَ السَّلَمُ بِتَرْكِ بَيَانِ مَكَانِ الْإِيفَاءِ عندهم (((عندهما))) فَكَانَ الْمَكَانُ دَاخِلًا في الْعَقْدِ من غَيْرِ شَرْطٍ فَيُوجِبُ التَّحَالُفَ
وَإِنْ اخْتَلَفَا في وَقْتِ الْمُسَلَّمِ فيه وهو الْأَجَلُ فَنَقُولُ لَا يَخْلُو إمَّا إن اخْتَلَفَا في أَصْلِ الْأَجَلِ وَإِمَّا إن اخْتَلَفَا في قَدْرِهِ وَإِمَّا إن اخْتَلَفَا في مُضِيِّهِ وَإِمَّا إن اخْتَلَفَا في قَدْرِهِ وَمُضِيِّهِ جميعا فَإِنْ اخْتَلَفَا في أَصْلِ الْأَجَلِ لم يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا وَاحْتَجَّ بِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا وَلِأَنَّ الِاخْتِلَافَ في أَصْلِ الْمُسَلَّمِ فيه
كَالِاخْتِلَافِ في صِفَتِهِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا صِحَّةَ لِلسَّلَمِ بِدُونِ الْأَجَلِ كما لَا صِحَّةَ له بِدُونِ الْوَصْفِ فَصَارَ الْأَجَلُ وَصْفًا لِلْمَعْقُودِ عليه شَرْعًا فَيُوجِبُ التَّحَالُفَ
وَلَنَا أَنَّ الْأَجَلَ ليس بِمَعْقُودٍ عليه وَالِاخْتِلَافُ فِيمَا ليس بِمَعْقُودٍ عليه لَا يُوجِبُ التَّحَالُفَ بِخِلَافِ الِاخْتِلَافِ في الصِّفَةِ لِأَنَّ الصِّفَةَ في الدَّيْنِ مَعْقُودٌ عليه كَالْأَجَلِ وَالِاخْتِلَافُ في الْأَجَلِ يُوجِبُ التَّحَالُفَ فَكَذَا في الصِّفَةِ وإذا لم يَتَحَالَفَا فَإِنْ كان مُدَّعِي الْأَجَلِ هو رَبُّ السَّلَمِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ وَيَجُوزُ السَّلَمُ لِأَنَّهُ يَدَّعِي صِحَّةَ الْعَقْدِ وَالْمُسَلَّمُ إلَيْهِ يَدَّعِي الْفَسَادَ وَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الصِّحَّةِ وَلِأَنَّ الْمُسَلَّمَ إلَيْهِ مُتَعَنِّتٌ في إنْكَارِ الْأَجَلِ لِأَنَّهُ يَنْفَعُهُ وَالْمُتَعَنِّتُ لَا قَوْلَ له وَإِنْ كان هو الْمُسَلَّمَ إلَيْهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَيَجُوزُ السَّلَمُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ رَبِّ السَّلَمِ وَيَفْسُدُ السَّلَمُ وهو قَوْلُهُمَا
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْأَجَلَ أَمْرٌ يُسْتَفَادُ من قِبَلِ رَبِّ السَّلَمِ حَقًّا عليه شَرْعًا وأنه مُنْكِرٌ ثُبُوتَهُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ في الشَّرْعِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمُسَلَّمَ إلَيْهِ بِدَعْوَى الْأَجَلِ يَدَّعِي صِحَّةَ الْعَقْدِ وَرَبُّ السَّلَمِ بِالْإِنْكَارِ يَدَّعِي فَسَادَهُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ من يَدَّعِي الصِّحَّةَ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ له إذْ الظَّاهِرُ من حَالِ الْمُسَلِّمِ اجْتِنَابُ الْمَعْصِيَةِ وَمُبَاشَرَةُ الْعَقْدِ الْفَاسِدِ مَعْصِيَةٌ
وإذا كان الْقَوْلُ قَوْلَهُ في أَصْلِ الْأَجَلِ كان الْقَوْلُ قَوْلَهُ في مِقْدَارِ الْأَجَلِ أَيْضًا وقال بَعْضُهُمْ الْقَوْلُ قَوْلُهُ إلَى شَهْرٍ لِأَنَّهُ أَدْنَى الْآجَالِ
فَأَمَّا الزِّيَادَةُ على شَهْرٍ فَلَا تَثْبُتُ إلَّا بِالْبَيِّنَةِ
وَإِنْ اخْتَلَفَا في قَدْرِهِ لم يَتَحَالَفَا عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ وَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبّ السَّلَمِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْأَجَلَ أَمْرٌ يُسْتَفَادُ من قِبَلِهِ فَيَرْجِعُ في بَيَانِ الْقَدْرِ إلَيْهِ

وَإِنْ اخْتَلَفَا في مُضِيِّهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسَلَّمِ إلَيْهِ وَصُورَتُهُ إذَا قال رَبُّ السَّلَمِ كان الْأَجَلُ شَهْرًا وقد مَضَى
وقال الْمُسَلَّمُ إلَيْهِ كان شَهْرًا ولم يَمْضِ وَإِنْ أَخَذْت السَّلَمَ السَّاعَةَ كان الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُسَلَّمِ إلَيْهِ
لِأَنَّهُمَا لَمَّا تَصَادَقَا على أَصْلِ الْأَجَلِ وَقَدْرِهِ فَقَدْ صَارَ الْأَجَلُ حَقًّا لِلْمُسَلَّمِ إلَيْهِ فَكَانَ الْقَوْلُ في الْمُضِيِّ قَوْلَهُ
وَإِنْ اخْتَلَفَا في قَدْرِهِ وَمُضِيِّهِ جميعا فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ السَّلَمِ في الْقَدْرِ وَقَوْلُ الْمُسَلَّمِ إلَيْهِ في المضي (((المعنى))) لِأَنَّ الظَّاهِرَ يَشْهَدُ لِرَبِّ السَّلَمِ في الْقَدْرِ وَلِلْمُسَلَّمِ إلَيْهِ في الْمُضِيِّ
هذا إذَا اخْتَلَفَا في الْمُسَلَّمِ فيه مع اتِّفَاقِهِمَا على رَأْسُ الْمَالِ فَأَمَّا إذَا اخْتَلَفَا في رَأْسِ الْمَالِ مع اتِّفَاقِهِمَا في الْمُسَلَّمِ فيه تَحَالَفَا وَتَرَادَّا أَيْضًا
سَوَاءٌ اخْتَلَفَا في جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ أو قَدْرِهِ أو صِفَتِهِ لِمَا قُلْنَا في الِاخْتِلَافِ في الْمُسَلَّمِ فيه إلَّا أَنَّ الذي يَبْدَأُ بِالْيَمِينِ هَهُنَا هو رَبُّ السَّلَمِ في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّهُ الْمُشْتَرِي وهو الْمُنْكِرُ أَيْضًا
وَإِنْ اخْتَلَفَا فِيهِمَا جميعا فَكَذَلِكَ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا في الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ وَالِاخْتِلَافُ في أَحَدِهِمَا يُوجِبُ التَّحَالُفَ فَفِيهِمَا أَوْلَى وَالْقَاضِي يَبْدَأُ بِالْيَمِينِ بِأَيِّهِمَا شَاءَ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بين (((بيان))) حُكْمِ الْمِلْكِ وَالْحَقِّ الثَّابِتِ في الْمَحِلِّ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ حُكْمُ الْمِلْكِ وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ لِلْمَالِكِ في

الْمَمْلُوكِ بِاخْتِيَارِهِ ليس لِأَحَدٍ وِلَايَةُ الْجَبْرِ عليه إلَّا لِضَرُورَةٍ وَلَا لِأَحَدٍ وِلَايَةُ الْمَنْعِ عنه وَإِنْ كان يَتَضَرَّرُ بِهِ
إلَّا إذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ فَيُمْنَعُ عن التَّصَرُّفِ من غَيْرِ رِضَا صَاحِبِ الْحَقِّ وَغَيْرُ الْمَالِكِ لَا يَكُونُ له التَّصَرُّفُ في مِلْكِهِ من غَيْرِ إذْنِهِ وَرِضَاهُ إلَّا لِضَرُورَةٍ وَكَذَلِكَ حُكْمُ الْحَقِّ الثَّابِتِ في الْمَحِلِّ
إذا عَرَفَ هذا فَنَقُولُ لِلْمَالِكِ أَنْ يَتَصَرَّفَ في مِلْكِهِ أَيَّ تَصَرُّفٍ شَاءَ سَوَاءٌ كان تَصَرُّفًا يَتَعَدَّى ضَرَرُهُ إلَى غَيْرِهِ أو لَا يَتَعَدَّى فَلَهُ أَنْ يَبْنِيَ في مِلْكِهِ مِرْحَاضًا أو حَمَّامًا أو رَحًى أو تَنُّورًا وَلَهُ أَنْ يُقْعِدَ في بِنَائِهِ حَدَّادًا أو قَصَّارًا وَلَهُ أَنْ يَحْفِرَ في مِلْكِهِ بِئْرًا أو بَالُوعَةً أو دِيمَاسًا وَإِنْ كان يُهِنَّ من ذلك الْبِنَاءِ وَيَتَأَذَّى بِهِ جَارُهُ وَلَيْسَ لِجَارِهِ أَنْ يَمْنَعَهُ حتى لو طَلَبَ جَارُهُ تَحْوِيلَ ذلك لم يُجْبَرْ عليه لِأَنَّ الْمِلْكَ مُطْلَقٌ لِلتَّصَرُّفِ في الْأَصْلِ وَالْمَنْعُ منه لِعَارِضٍ تَعَلَّقِ حَقِّ الْغَيْرِ فإذا لم يُوجَدْ التَّعَلُّقُ لَا يَمْنَعُ إلَّا أَنَّ الِامْتِنَاعَ عَمَّا يُؤْذِي الْجَارَ دِيَانَةً وَاجِبٌ لِلْحَدِيثِ قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْمُؤْمِنُ من أَمِنَ جَارُهُ بَوَائِقَهُ وَلَوْ فَعَلَ شيئا من ذلك حتى وَهَنَ الْبِنَاءُ وَسَقَطَ حَائِطُ الْجَارِ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ منه في مِلْكِ الْغَيْرِ
وَعَلَى هذا سُفْلٌ لِرَجُلٍ وَعَلَيْهِ عُلُوٌّ لِغَيْرِهِ انْهَدَمَا لم يُجْبَرْ صَاحِبُ السُّفْلِ على بِنَاءِ السُّفْلِ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ وَالْإِنْسَانُ لَا يُجْبَرُ على عِمَارَةِ مِلْكِ نَفْسِهِ وَلَكِنْ يُقَالُ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ إنْ شِئْت فَابْنِ السُّفْلَ من مَالِ نَفْسِك وَضَعْ عليه عُلُوَّك ثُمَّ امْنَعْ

صَاحِبَ السُّفْلِ عن الِانْتِفَاعِ بِالسُّفْلِ حتى يَرُدَّ عَلَيْكِ قِيمَةَ الْبِنَاءِ مَبْنِيًّا لِأَنَّ الْبِنَاءَ وَإِنْ كان تَصَرُّفًا في مِلْكِ الْغَيْرِ لَكِنَّ فيه ضَرُورَةً لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الِانْتِفَاعُ بِمِلْكِ نَفْسِهِ إلَّا بِالتَّصَرُّفِ في مِلْكِ غَيْرِهِ فَصَارَ مُطْلَقًا له شَرْعًا وَلَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ بِقِيمَةِ الْبِنَاءِ مَبْنِيًّا لِأَنَّ الْبِنَاءَ مِلْكُهُ لِحُصُولِهِ بِإِذْنِ الشَّرْعِ وَإِطْلَاقِهِ فَلَهُ أَنْ لَا يُمَكِّنَهُ من الِانْتِفَاعِ بِمِلْكِهِ إلَّا بِبَدَلٍ يَعْدِلُهُ وهو الْقِيمَةُ
وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ أَنَّ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَرْجِعُ بِمَا أَنْفَقَهُ وَكَذَا ذَكَرَ الْخَصَّافُ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِمَا أَنْفَقَ لِأَنَّهُ لَمَّا لم يَقْدِرْ على الِانْتِفَاعِ بِالْعُلُوِّ إلَّا بِبِنَاءِ السُّفْلِ وَلَا ضَرَرَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ في بِنَائِهِ بَلْ فيه نَفْعٌ صَارَ مَأْذُونًا بِالْإِنْفَاقِ من قِبَلِهِ دَلَالَةً فَكَانَ له حَقُّ الرُّجُوعِ بِمَا أَنْفَقَ وَهَذَا بِخِلَافِ الْبِئْرِ الْمُشْتَرَكِ وَالدُّولَابِ الْمُشْتَرَكِ وَالْحَمَّامِ الْمُشْتَرَكِ وَنَحْوِ ذلك إذَا خَرِبَتْ فَامْتَنَعَ أَحَدُهُمَا عن الْعِمَارَةِ أَنَّهُ يُجْبَرُ الْآخَرُ على الْعِمَارَةِ لِأَنَّ هُنَاكَ ضَرُورَةً لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ بِوَاسِطَةِ الْقِسْمَةِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَالتَّرْكَ لِذَلِكَ تَعْطِيلُ الْمِلْكِ وَفِيهِ ضَرَرٌ بِهِمَا فَكَانَ الذي أَبَى الْعِمَارَةَ مُتَعَنِّتًا مَحْضًا في الِامْتِنَاعِ فَيَدْفَعُ تَعَنُّتَهُ بِالْجَبْرِ على الْعِمَارَةِ
هذا إذَا انْهَدَمَا بِأَنْفُسِهِمَا فَأَمَّا إذَا هَدَمَ صَاحِبُ السُّفْلِ سُفْلَهُ حتى انْهَدَمَ الْعُلُوُّ يُجْبَرُ على إعَادَتِهِ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ حَقَّ صَاحِبِ الْعُلُوِّ بِإِتْلَافِ مَحِلِّهِ وَيُمْكِنُ جَبْرُهُ بِالْإِعَادَةِ فَتَجِبُ عليه إعَادَتُهُ
وَعَلَى هذا حَائِطٌ بين دَارَيْنِ انْهَدَمَ وَلَهُمَا عليه جُذُوعٌ لم يُجْبَرْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا على بِنَائِهِ لِمَا قُلْنَا وَلَكِنْ إذَا أَبَى أَحَدُهُمَا الْبِنَاءَ يُقَالُ لِلْآخَرِ إنْ شِئْت فَابْنِ من مَالِ نَفْسِك وَضَعْ خَشَبَك عليه وَامْنَعْ صَاحِبَك من الْوَضْعِ حتى يَرُدَّ عَلَيْك نِصْفَ قِيمَةِ الْبِنَاءِ مَبْنِيًّا أو نِصْفَ ما أَنْفَقْته على حَسْبِ ما ذَكَرْنَا في السُّفْلِ وَالْعُلُوِّ
وَقِيلَ إنَّمَا يَرْجِعُ إذَا لم يَكُنْ مَوْضِعُ الْحَائِطِ عَرِيضًا وَلَا يُمَكِّنُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَبْنِيَ حَائِطًا على حِدَةٍ في نصيبه (((نصيبه))) بَعْدَ الْقِسْمَةِ
فَأَمَّا إذَا كان عَرِيضًا يُمْكِنُ قِسْمَتُهُ وَأَنْ يَبْنِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا في نَصِيبِهِ حَائِطًا يَصْلُحُ لِوَضْعِ الْجُذُوعِ عليه فَبَنَاهُ كما كان بِغَيْرِ إذْنِ صَاحِبِهِ لَا يَكُونُ له حَقُّ الرُّجُوعِ على صَاحِبِهِ بَلْ يَكُونُ مُتَبَرِّعًا لِأَنَّهُ يَبْنِي مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ من غَيْرِ ضَرُورَةٍ فَكَانَ مُتَبَرِّعًا فَلَا يَرْجِعُ عليه بِشَيْءٍ
وَلَوْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ عُرْصَةِ الْحَائِطِ لم تُقْسَمْ إلَّا عن تَرَاضٍ مِنْهُمَا بِالْقِسْمَةِ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عليه حَقَّ وَضْعِ الْخَشَبِ وفي الْقِسْمَةِ جَبْرًا إبْطَالُ حَقِّ الْآخَرِ من غَيْرِ رِضَاهُ وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ هذا إذَا لم يَكُنْ عَرِيضًا فَإِنْ كان يُقْسَمُ قِسْمَةَ جَبْرٍ لِأَنَّهُ لَا يَتَضَمَّنُ إبْطَالَ حَقِّ الْغَيْرِ
وَلَوْ كانت الْجُذُوعُ عليه لِأَحَدِهِمَا فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ وَأَبَى الْآخَرُ فَإِنْ كان الطَّالِبُ صَاحِبَ الْجُذُوعِ يُجْبَرُ الْآخَرُ على الْقِسْمَةِ لِأَنَّهُ في الِانْتِفَاعِ مُتَعَنِّتٌ وَإِنَّمَا الْحَقُّ لِصَاحِبِ الْجُذُوعِ وقد رضي بِسُقُوطِ حَقِّهِ
وَإِنْ كان الطَّالِبُ من لَا جِذْعَ له لَا يُجْبَرُ صَاحِبُ الْجُذُوعِ على الْقِسْمَةِ لِأَنَّ فيه إبْطَالَ حَقِّهِ في وَضْعِ الْجُذُوعِ فَلَا يَجُوزُ من غَيْرِ رِضَاهُ وَلَوْ هَدَمَ الْحَائِطَ أَحَدُهُمَا يُجْبَرُ على إعَادَتِهِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ أَتْلَفَ مَحَلَّ حَقِّ أَحَدِهِمَا فَيَجِبُ جَبْرُهُ على الْإِعَادَةِ
وَعَلَى هذا سُفْلٌ لِرَجُلٍ وَعَلَيْهِ عُلُوٌّ لِغَيْرِهِ فَأَرَادَ صَاحِبُ السُّفْلِ أَنْ يَفْتَحَ بَابًا أو يُثْبِتَ كَوَّةً أو يَحْفِرَ طَاقًا أو يَقُدَّ وَتِدًا على الْحَائِطِ أو يَتَصَرَّفَ فيه تَصَرُّفًا لم يَكُنْ قبل ذلك ليس له ذلك من غَيْرِ رِضَا صَاحِبِ الْعُلُوِّ سَوَاءٌ أَضَرَّ ذلك بِالْعُلُوِّ

بِأَنْ أَوْجَبَ وَهَنَ الْحَائِطِ أو لم يَضُرَّ بِهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا له ذلك إنْ لم يَضُرَّ بِالْعُلُوِّ
وَلَوْ أَرَادَ صَاحِبُ السُّفْلِ أَنْ يَحْفِرَ في سُفْلِهِ بِئْرًا أو بَالُوعَةً أو سِرْدَابًا فَلَهُ ذلك من غَيْرِ رِضَا صَاحِبِ الْعُلُوِّ إجْمَاعًا وَكَذَا إيقَادُ النَّارِ لِلطَّبْخِ أو للخبر (((للخبز))) وَصَبُّ الْمَاءِ لِلْغُسْلِ أو لِلْوُضُوءِ بِالِاتِّفَاقِ
وَعَلَى هذا الِاخْتِلَافُ لو أَرَادَ صَاحِبُ الْعُلُوِّ أَنْ يُحْدِثَ على عُلُوِّهِ بِنَاءً أو يَضَعَ جُذُوعًا لم يَكُنْ قبل ذلك أو يَشْرَعَ فيه بَابًا أو كَنِيفًا لم يَكُنْ قَبْلَهُ ليس له ذلك عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ سَوَاءٌ أَضَرَّ بِالسُّفْلِ أو لَا
وَعِنْدَهُمَا له أَنْ يَفْعَلَ ذلك ما لم يَضُرَّ بِالسُّفْلِ وَلَهُ إيقَادُ النَّارِ وَصَبُّ الْمَاءِ لِلْوُضُوءِ وَالْغُسْلِ إجْمَاعًا منهم من قال لَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ في الْحَقِيقَةِ
وَقَوْلُهُمَا تَفْسِيرُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَمِنْهُمْ من حَقَّقَ الْخِلَافَ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ صَاحِبَ السُّفْلِ يَتَصَرَّفُ في مِلْكِ نَفْسِهِ فَلَا يُمْنَعُ إلَّا لِحَقِّ الْغَيْرِ وَحَقُّ الْغَيْرِ لَا يَمْنَعُ من التَّصَرُّفِ لِعَيْنِهِ بَلْ لِمَا يَتَضَرَّرُ بِهِ صَاحِبُ الْحَقِّ
أَلَا تَرَى أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يُمْنَعُ من الِاسْتِظْلَالِ بِجِدَارِ غَيْرِهِ وَمِنْ الِاصْطِلَاءِ بِنَارِ غَيْرِهِ لِانْعِدَامِ تَضَرُّرِ الْمَالِكِ وَالْخِلَافُ هُنَا في تَصَرُّفٌ لَا يَضُرُّ بِصَاحِبِ الْعُلُوِّ فَلَا يُمْنَعُ عنه
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ حُرْمَةَ التزصرف (((التصرف))) في مِلْكِ الْغَيْرِ وَحَقِّهِ لَا يَقِفُ على الضَّرَرِ بَلْ هو حَرَامٌ سَوَاءٌ تَضَرَّرَ بِهِ أَمْ لَا
أَلَا تَرَى أَنَّ نَقْلَ الْمِرْآةِ والمبحار من دَارِ الْمَالِكِ إلَى مَوْضِعٍ آخَرَ حَرَامٌ وَإِنْ كان لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمَالِكُ
وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّهُ يُبَاحُ التَّصَرُّفُ في مِلْكِ الْغَيْرِ وَحَقِّهِ بِرِضَاهُ
وَلَوْ كانت الْحُرْمَةُ لِمَا يَلْحَقُهُ من الضَّرَرِ لَمَا أُبِيحَ
لِأَنَّ الضَّرَرَ لَا يَنْعَدِمُ بِرِضَا الْمَالِكِ وَصَاحِبُ الْحَقِّ دَلَّ أَنَّ التَّصَرُّفَ في مِلْكِ الْغَيْرِ وَحَقِّهِ حَرَامٌ أَضَرَّ بِالْمَالِكِ أو لَا
وَهُنَا حَقٌّ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ مُتَعَلِّقٌ بِالسُّفْلِ فَيَحْرُمُ التَّصَرُّفُ فيه إلَّا بِإِذْنِهِ وَرِضَاهُ بِخِلَافِ ما ضَرَبْنَا من الْمِثَالِ وهو الِاسْتِظْلَالُ بِجِدَارِ غَيْرِهِ وَالِاصْطِلَاءُ بِنَارِ غَيْرِهِ لِأَنَّ ذلك ليس تَصَرُّفًا في مِلْكِ الْغَيْرِ وَحَقِّهِ
إذْ لَا أَثَرَ لِذَلِكَ مُتَّصِلٌ بِمِلْكِ الْغَيْرِ وَحَقِّهِ وَهُنَا بِخِلَافِهِ
وَعَلَى هذا إذَا كان مَسِيلُ مَاءٍ في قَنَاةٍ فَأَرَادَ صَاحِبُ الْقَنَاةِ أَنْ يَجْعَلَهُ مِيزَابًا أو كان مِيزَابًا فَأَرَادَ أَنْ يَجْعَلَهُ قَنَاةً ليس له ذلك
وَكَذَلِكَ لو أَرَادَ أَنْ يَجْعَلَ مِيزَابًا أَطْوَلَ من مِيزَابِهِ أو أَعْرَضَ
أو أَرَادَ أَنْ يَسِيلَ مَاءُ سَطْحٍ آخَرَ في ذلك الْمِيزَابِ لم يَكُنْ له ذلك لِأَنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ زِيَادَةً على حَقِّهِ
وَكَذَلِكَ لو أَرَادَ أَهْلُ الدَّارِ أَنْ يَبْنُوا حَائِطًا لِيَسُدُّوا مَسِيلَهُ أو أَرَادُوا أَنْ يَنْقُلُوا الْمِيزَابَ عن مَوْضِعِهِ أو يَرْفَعُوهُ أو يُسْفِلُوهُ لم يَكُنْ لهم ذلك لِأَنَّ ذلك تَصَرُّفٌ في حَقِّ الْغَيْرِ بِالْإِبْطَالِ وَالتَّغْيِيرِ فَلَا يَجُوزُ من غَيْرِ رِضَا صَاحِبِ الْحَقِّ
وَلَوْ بَنَى أَصْلَ الدَّارِ لِتَسْيِيلِ مِيزَابِهِ على ظَهْرِهِ فَلَهُمْ ذلك لِأَنَّ مَقْصُودَ صَاحِبِ الْمِيزَابِ حَاصِلٌ في الْحَالَيْنِ
دَارٌ لِرَجُلٍ فيها طَرِيقٌ فَأَرَادَ أَهْلُ الدَّارِ أَنْ يَبْنُوا في سَاحَةِ الدَّارِ ما يَقْطَعُ طَرِيقَهُ ليس لهم ذلك لِأَنَّ فيه إبْطَالَ حَقِّ الْمُرُورِ وَيَنْبَغِي أَنْ يَتْرُكُوا في سَاحَةِ الدَّارِ عَرْضَ بَابِ الدَّارِ
لِأَنَّ عَرْضَ الطَّرِيقِ مُقَدَّرٌ بِعَرْضِ بَابِ الدَّارِ

وَلَوْ أَرَادَ رَجُلٌ أَنْ يَشْرَعَ إلَى الطَّرِيقِ جَنَاحًا أو مِيزَابًا فَنَقُولُ هذا في الْأَصْلِ لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا إنْ كانت السِّكَّةُ نَافِذَةً وَإِمَّا إنْ كانت غير نَافِذَةٍ
فَإِنْ كانت نَافِذَةً فإنه يَنْظُرُ إنْ كان ذلك مِمَّا يَضُرُّ بِالْمَارِّينَ فَلَا يَحِلُّ له أَنْ يَفْعَلَ ذلك في دِينِهِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا ضَرَرَ وَلَا إضْرَارَ في الْإِسْلَامِ وَلَوْ فَعَلَ ذلك فَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يُقْلِعَ عليه ذلك
وَإِنْ كان ذلك مِمَّا لَا يَضُرُّ بِالْمَارِّينَ حَلَّ له الِانْتِفَاعُ بِهِ ما لم يَتَقَدَّمْ إلَيْهِ أَحَدٌ بِالرَّفْعِ وَالنَّقْضِ فإذا تَقَدَّمَ إلَيْهِ وَاحِدٌ من عُرْضِ الناس لَا يَحِلُّ له الِانْتِفَاعُ بِهِ بَعْدَ ذلك عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا يَحِلُّ له الِانْتِفَاعُ قبل التَّقَدُّمِ وَبَعْدَهُ
وَكَذَلِكَ هذا الْحُكْمُ في غَرْسِ الْأَشْجَارِ وَبِنَاءُ الدَّكَاكِينَ وَالْجُلُوسِ لِلْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ على قَارِعَةِ الطَّرِيقِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا ما ذَكَرْنَا أَنَّ حُرْمَةَ التَّصَرُّفِ في حَقِّ الْغَيْرِ ليس لِعَيْنِهِ بَلْ لِلتَّحَرُّزِ عن الضَّرَرِ والاضرار بِالْمَارَّةِ فَاسْتَوَى فيه حَالُ ما قبل التَّقَدُّمِ وَبَعْدَهُ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ إشْرَاعَ الْجَنَاحِ وَالْمِيزَابِ إلَى طَرِيقِ الْعَامَّةِ تَصَرُّفٌ في حَقِّهِمْ لِأَنَّ هَوَاءَ الْبُقْعَةِ في حُكْمِ الْبُقْعَةِ وَالْبُقْعَةُ حَقُّهُمْ فَكَذَا هَوَاؤُهَا فَكَانَ الِانْتِفَاعُ بِذَلِكَ تَصَرُّفًا في حَقِّ الْغَيْرِ وقد مَرَّ أَنَّ التَّصَرُّفَ في حَقِّ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ حَرَامٌ سَوَاءٌ أَضَرَّ بِهِ أو لَا إلَّا أَنَّهُ حَلَّ له الِانْتِفَاعُ بِذَلِكَ قبل التَّقَدُّمِ لِوُجُودِ الْإِذْنِ منهم دَلَالَةً وَهِيَ تَرْكُ التَّقَدُّمِ بِالنَّقْضِ وَالتَّصَرُّفُ في حَقِّ الْإِنْسَانِ بِإِذْنِهِ مُبَاحٌ فإذا وَقَعَتْ الْمُطَالَبَةُ بِصَرِيحِ النَّقْضِ بَطَلَتْ الدَّلَالَةُ فَبَقِيَ الِانْتِفَاعُ بالمبني تَصَرُّفًا في حَقٍّ مُشْتَرَكٍ بين الْكُلِّ من غَيْرِ إذْنِهِمْ وَرِضَاهُمْ فَلَا يَحِلُّ
هذا إذَا كانت السِّكَّةُ نَافِذَةً فَأَمَّا إذَا كانت غير نَافِذَةٍ فَإِنْ كان له حَقٌّ في التَّقْدِيمِ فَلَيْسَ لِأَهْلِ السِّكَّةِ حَقُّ الْمَنْعِ لِتَصَرُّفِهِ في حَقِّ نَفْسِهِ وَإِنْ لم

يَكُنْ له حَقٌّ في التَّقْدِيمِ فَلَهُمْ مَنْعُهُ سَوَاءٌ كان لهم في ذلك مَضَرَّةٌ أو لَا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ حُرْمَةَ التَّصَرُّفِ في حَقِّ الْغَيْرِ لَا تَقِفُ على الْمَضَرَّةِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمَ
كِتَابُ الشَّهَادَةِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ رُكْنِ الشَّهَادَةِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وفي بَيَانِ ما يَلْزَمُ الشَّاهِدَ بِتَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الشَّهَادَةِ أَمَّا رُكْنُ الشَّهَادَةِ فَقَوْلُ الشَّاهِدِ أَشْهَدُ بِكَذَا وَكَذَا وفي مُتَعَارَفِ الناس في حُقُوقِ الْعِبَادِ هو الْإِخْبَارُ عن كَوْنِ ما في يَدِ غَيْرِهِ لِغَيْرِهِ فَكُلُّ من أَخْبَرَ بِأَنَّ ما في يَدِ غَيْرِهِ لِغَيْرِهِ فَهُوَ شَاهِدٌ وَبِهِ يَنْفَصِلُ عن الْمُقِرِّ وَالْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عليه على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الدَّعْوَى
فَصْلٌ وَأَمَّا الشَّرَائِطُ في الْأَصْلِ فَنَوْعَانِ نَوْعٌ هو شَرْطُ تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ وَنَوْعٌ هو شَرْطُ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ أَمَّا الْأَوَّلُ فَثَلَاثَةٌ أَحَدُهَا أَنْ يَكُونَ عَاقِلًا وَقْتَ التَّحَمُّلِ فَلَا يَصِحُّ التَّحَمُّلُ من الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ لِأَنَّ تَحَمُّلَ الشَّهَادَةِ عِبَارَةٌ عن فَهْمِ الْحَادِثَةِ وَضَبْطِهَا وَلَا يَحْصُلُ ذلك إلَّا بِآلَةِ الْفَهْمِ وَالضَّبْطِ وَهِيَ الْعَقْلُ
وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ بَصِيرًا وَقْتَ التَّحَمُّلِ عِنْدَنَا فَلَا يَصِحُّ التَّحَمُّلُ من الْأَعْمَى وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْبَصَرُ ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ التَّحَمُّلِ وَلَا لِصِحَّةِ الْأَدَاءِ لِأَنَّ

الْحَاجَةَ إلَى الْبَصَرِ عِنْدَ التَّحَمُّلِ لِحُصُولِ الْعِلْمِ بِالْمَشْهُودِ بِهِ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِالسَّمَاعِ وَلِلْأَعْمَى سَمَاعٌ صَحِيحٌ فَيَصِحُّ تَحَمُّلُهُ لِلشَّهَادَةِ وَيَقْدِرُ على الْأَدَاءِ بَعْدَ التَّحَمُّلِ

وَلَنَا أَنَّ الشَّرْطَ هو السَّمَاعُ من الْخَصْمِ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ تَقَعُ له وَلَا يُعْرَفُ كَوْنُهُ خَصْمًا إلَّا بِالرُّؤْيَةِ لِأَنَّ النَّغَمَاتِ يُشْبِهُ بَعْضُهَا بَعْضًا

وَأَمَّا الْبُلُوغُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ وَالْعَدَالَةُ فَلَيْسَتْ من شَرَائِطِ التَّحَمُّلِ بَلْ من شَرَائِطِ الْأَدَاءِ حتى لو كان وَقْتَ التَّحَمُّلِ صَبِيًّا عَاقِلًا أو عَبْدًا أو كَافِرًا أو فَاسِقًا ثُمَّ بَلَغَ الصَّبِيُّ وَعَتَقَ الْعَبْدُ وَأَسْلَمَ الْكَافِرُ وَتَابَ الْفَاسِقُ فَشَهِدُوا عِنْدَ الْقَاضِي تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ

وَكَذَا الْعَبْدُ إذَا تَحَمَّلَ الشَّهَادَةَ لِمَوْلَاهُ ثُمَّ عَتَقَ فَشَهِدَ له تُقْبَلُ وَكَذَا الْمَرْأَةُ إذَا تَحَمَّلَتْ الشَّهَادَةَ لِزَوْجِهَا ثُمَّ بَانَتْ منه فَشَهِدَتْ له تُقْبَلُ شَهَادَتُهَا لِأَنَّ تَحَمُّلَهَا الشَّهَادَةَ لِلْمَوْلَى وَالزَّوْجِ صَحِيحٌ وقد صَارَا من أَهْلِ الْأَدَاءِ بِالْعِتْقِ وَالْبَيْنُونَةِ فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا

وَلَوْ شَهِدَ الْفَاسِقُ فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِتُهْمَةِ الْفِسْقِ أو شَهِدَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِصَاحِبِهِ فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِتُهْمَةِ الزَّوْجِيَّةِ ثُمَّ شَهِدُوا في تِلْكَ الْحَادِثَةِ بَعْدَ التَّوْبَةِ وَالْبَيْنُونَةِ لَا تُقْبَلُ وَلَوْ شَهِدَ الْعَبْدُ أو الصَّبِيُّ الْعَاقِلُ أو الْكَافِرُ على مُسْلِمٍ في حَادِثَةٍ فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ ثُمَّ أَسْلَمَ الْكَافِرُ وَعَتَقَ الْعَبْدُ وَبَلَغَ الصَّبِيُّ فَشَهِدُوا في تِلْكَ الْحَادِثَةِ بِعَيْنِهَا تُقْبَلُ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْفَاسِقَ وَالزَّوْجَ لَهُمَا شَهَادَةٌ في الْجُمْلَةِ وقد ردت (((وردت))) فإذا شَهِدُوا بَعْدَ التَّوْبَةِ وَزَوَالِ الزَّوْجِيَّةِ في تكلك (((تلك))) الْحَادِثَةِ فَقَدْ أَعَادَ تِلْكَ الشَّهَادَةَ وَهِيَ مَرْدُودَةٌ وَالشَّهَادَةُ الْمَرْدُودَةُ لَا تَحْتَمِلُ الْقَبُولَ بِخِلَافِ الْكَافِرِ وَالْعَبْدِ وَالصَّبِيِّ لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ لِلْكَافِرِ على الْمُسْلِمِ أَصْلًا

وَكَذَا الصَّبِيُّ وَالْعَبْدُ لَا شَهَادَةَ لَهُمَا أَصْلًا فإذا أَسْلَمَ الْكَافِرُ وَعَتَقَ الْعَبْدُ وَبَلَغَ الصَّبِيُّ فَقَدْ حَدَثَتْ لهم بِالْإِسْلَامِ وَالْعِتْقِ وَالْبُلُوغِ شَهَادَةٌ وَهِيَ غَيْرُ الْمَرْدُودَةِ فَقُبِلَتْ فَهُوَ الْفَرْقُ

الثالث (((والثالث))) أَنْ يَكُونَ التَّحَمُّلُ بِمُعَايَنَةِ الْمَشْهُودِ بِهِ بِنَفْسِهِ لَا بِغَيْرِهِ إلَّا في أَشْيَاءَ مَخْصُوصَةٍ يَصِحُّ التَّحَمُّلُ فيها بِالتَّسَامُعِ من الناس لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلشَّاهِدِ إذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ وَلَا يَعْلَمُ مِثْلَ الشَّمْسِ إلَّا بِالْمُعَايَنَةِ بِنَفْسِهِ فَلَا تُطْلَقُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ إلَّا في أَشْيَاءَ مَخْصُوصَةٍ وَهِيَ النِّكَاحُ وَالنَّسَبُ وَالْمَوْتُ فَلَهُ تَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ فيها بِالتَّسَامُعِ من الناس وَإِنْ لم يُعَايِنْ بِنَفْسِهِ لِأَنَّ مَبْنَى هذه الْأَشْيَاءِ على الِاشْتِهَارِ فَقَامَتْ الشُّهْرَةُ فيها مَقَامَ الْمُعَايَنَةِ

وَكَذَا إذَا شَهِدَ الْعُرْسَ وَالزِّفَافَ يَجُوزُ له أَنْ يَشْهَدَ بِالنِّكَاحِ لِأَنَّهُ دَلِيلُ النِّكَاحِ

وَكَذَا في الْمَوْتِ إذَا شَهِدَ جِنَازَةَ رَجُلٍ أو دَفْنَهُ حَلَّ له أَنْ يَشْهَدَ بِمَوْتِهِ وَاخْتَلَفُوا في تَفْسِيرِ التَّسَامُعِ فَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ هو أَنْ يَشْتَهِرَ ذلك وَيَسْتَفِيضَ وَتَتَوَاتَرَ بِهِ الْأَخْبَارُ عِنْدَهُ من غَيْرِ تَوَاطُؤٍ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالتَّوَاتُرِ وَالْمَحْسُوسَ بِحِسِّ الْبَصَرِ وَالسَّمْعِ سَوَاءٌ فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ شَهَادَةً عن مُعَايَنَةٍ فَعَلَى هذا إذَا أخبره بِذَلِكَ رَجُلَانِ أو رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ لَا يَحِلُّ له الشَّهَادَةُ ما لم يَدْخُلْ في حَدِّ التَّوَاتُرِ

وَذَكَرَ أَحْمَدُ بن عَمْرِو بن مهير (((مهران))) الْخَصَّافُ أَنَّهُ إذَا أخبره رَجُلَانِ عَدْلَانِ أو رَجُلٌ

وَامْرَأَتَانِ أَنَّ هذا ابن فُلَانٍ أو امْرَأَةُ فُلَانٍ يَحِلُّ له الشَّهَادَةُ بِذَلِكَ اسْتِدْلَالًا بِحُكْمِ الحكام (((الحاكم))) وَشَهَادَتِهِ فإنه يَحْكُمُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ من غَيْرِ مُعَايَنَةٍ منه بَلْ يخبرهما (((بخبرهما))) وَيَجُوزُ له أَنْ يَشْهَدَ بِذَلِكَ بَعْدَ الْعَزْلِ كَذَا هذا
وَلَوْ أخبره رَجُلٌ أو امْرَأَةٌ بِمَوْتِ إنْسَانٍ حَلَّ لِلسَّامِعِ أَنْ يَشْهَدَ بِمَوْتِهِ فَعَلَى هذا يَحْتَاجُ إلَى الْفَرْقِ بين الْمَوْتِ وَبَيْنَ النِّكَاحِ وَالنَّسَبِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ مَبْنَى هذه الْأَشْيَاءِ وَإِنْ كان على الِاشْتِهَارِ إلَّا أَنَّ الشُّهْرَةَ في الْمَوْتِ أَسْرَعُ منه في النِّكَاحِ وَالنَّسَبِ لِذَلِكَ شُرِطَ الْعَدَدُ في النِّكَاحِ وَالنَّسَبِ لَا في الْمَوْتِ لَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَشْهَدَ في كل ذلك على الْبَتَاتِ وَالْقَطْعِ دُونَ التَّفْصِيلِ وَالتَّقْيِيدِ بِأَنْ يَقُولَ إنِّي لم أُعَايِنْ ذلك وَلَكِنْ سمعت من فُلَانٍ كَذَا وَكَذَا حتى لو شَهِدَ كَذَلِكَ لَا تُقْبَلُ
وَأَمَّا الْوَلَاءُ فَالشَّهَادَةُ فيه بِالتَّسَامُعِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ الْأَوَّلُ ثُمَّ رَجَعَ وقال تُقْبَلُ
وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مع أبي يُوسُفَ الْآخَرَ
وَوَجْهُهُ أَنَّ الْوَلَاءَ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ ثُمَّ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ في النَّسَبِ مَقْبُولَةٌ كَذَا في الْوَلَاءِ أَلَا تَرَى أَنَّا كما نَشْهَدُ أَنَّ سَيِّدَنَا عُمَرَ كان ابْنَ الْخَطَّابِ رضي اللَّهُ عنه نَشْهَدُ أَنَّ نَافِعًا كان مولى ابْنِ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما
وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ جَوَازَ الشَّهَادَةِ بِالتَّسَامُعِ في النَّسَبِ لِمَا أَنَّ مَبْنَى النَّسَبِ على الِاشْتِهَارِ فَقَامَتْ الشُّهْرَةُ فيه مَقَامَ السَّمَاعِ بِنَفْسِهِ وَلَيْسَ مَبْنَى الْوَلَاءِ على الِاشْتِهَارِ فَلَا بُدَّ من مُعَايَنَةِ الْإِعْتَاقِ حتى لو اشْتَهَرَ اشْتِهَارَ نَافِعٍ لِابْنِ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما حَلَّتْ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ
وَأَمَّا الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ في الْوَقْفِ فلم يَذْكُرْهُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ إلَّا أَنَّ مَشَايِخَنَا أَلْحَقُوهُ بِالْمَوْتِ لِأَنَّ مَبْنَى الْوَقْفِ على الِاشْتِهَارِ أَيْضًا كَالْمَوْتِ فَكَانَ مُلْحَقًا بِهِ
وَكَذَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ في الْقَضَاءِ وَالْوِلَايَةِ أَنَّ هذا قَاضِي بَلَدِ كَذَا وَوَالِي بَلَدِ كَذَا وَإِنْ لم يُعَايِنْ الْمَنْشُورَ لِأَنَّ مَبْنَى الْقَضَاءِ وَالْوِلَايَةِ على الشُّهْرَةِ فَقَامَتْ الشُّهْرَةُ فيها مَقَامَ الْمُعَايَنَةِ ثُمَّ تُحْمَلُ الشَّهَادَةُ كما يَحْصُلُ بِمُعَايَنَةِ الْمَشْهُودِ بِهِ بِنَفْسِهِ يَحْصُلُ بِمُعَايَنَةِ دَلِيلِهِ بِأَنْ يَرَى ثَوْبًا أو دَابَّةً أو دَارًا في يَدِ إنْسَانٍ يَسْتَعْمِلُهُ اسْتِعْمَالَ الْمُلَّاكِ من غَيْرِ مُنَازِعٍ حتى لو خَاصَمَهُ غَيْرُهُ فيه يَحِلُّ له أَنْ يَشْهَدَ بِالْمِلْكِ لِصَاحِبِ الْيَدِ لِأَنَّ الْيَدَ الْمُتَصَرِّفَةَ في الْمَالِ من غَيْرِ مُنَازِعٍ دَلِيلُ الْمِلْكِ فيه بَلْ لَا دَلِيلَ بِشَاهِدٍ في الْأَمْوَالِ أَقْوَى منها
وزاد أبو يُوسُفَ فقال لَا تَحِلُّ له الشَّهَادَةُ حتى يَقَعَ في قَلْبِهِ أَيْضًا أَنَّهُ له وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هذا قَوْلَهُمْ جميعا أَنَّهُ لَا تَجُوزُ لِلرَّائِي الشَّهَادَةُ بِالْمِلْكِ لِصَاحِبِ الْيَدِ حتى يَرَاهُ في يَدِهِ يَسْتَعْمِلُهُ اسْتِعْمَالَ الْمُلَّاكِ من غَيْرِ مُنَازِعٍ وَحَتَّى يَقَعَ في قَلْبِهِ أَنَّهُ له
وَذَكَرَ في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وقال كُلُّ شَيْءٍ في يَدِ إنْسَانٍ سِوَى الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ يَسَعُكَ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ له اسْتَثْنَى الْعَبْدَ وَالْأَمَةَ فَيَقْتَضِي أَنْ لَا تَحِلَّ له الشَّهَادَةُ بِالْمِلْكِ لِصَاحِبِ الْيَدِ فِيهِمَا إلَّا إذَا أَقَرَّا بِأَنْفُسِهِمَا وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ الْعَبْدَ الذي يَكُونُ له في نَفْسِهِ يَدٌ بِأَنْ كان كَبِيرًا يُعَبِّرُ عن نَفْسِهِ وَكَذَا الْأَمَةُ لِأَنَّ الْكَبِيرَ في يَدِ نَفْسِهِ ظاهرا إذْ الْأَصْلُ هو الْحُرِّيَّةُ في بَنِي آدَمَ وَالرِّقُّ عَارِضٌ فَكَانَتْ يَدُهُ إلَى

نَفْسِهِ أَقْرَبَ من يَدِ غَيْرِهِ فلم تَصْلُحْ يَدُ غَيْرِهِ دَلِيلَ الْمِلْكِ فيه بِخِلَافِ الْجَمَادَاتِ وَالْبَهَائِمِ لِأَنَّهُ لَا يَدَ لها فَبَقِيَتْ يَدُ صَاحِبِ الْيَدِ دَلِيلًا على الْمِلْكِ وَلِأَنَّ الْحُرَّ قد يَخْدُمُ كَأَنَّهُ عَبْدٌ عَادَةً وَهَذَا أَمْرٌ ظَاهِرٌ في مُتَعَارَفِ الناس وَعَادَاتِهِمْ فَتَعَارَضَ الظَّاهِرَانِ فلم تَصْلُحْ الْيَدُ دَلِيلًا فيه

أَمَّا إذَا كان صَغِيرًا لَا يُعَبِّرُ عن نَفْسِهِ كان حُكْمُهُ حُكْمَ الثَّوْبِ وَالْبَهِيمَةِ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ له في نَفْسِهِ يَدٌ فَيَلْحَقُ بِالْعُرُوضِ وَالْبَهَائِمِ فَتَحِلُّ لِلرَّائِي الشَّهَادَةُ بِالْمِلْكِ فيه لِصَاحِبِ الْيَدِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا شَرَائِطُ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الشَّاهِدِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الشَّهَادَةِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى مَكَانِ الشَّهَادَةِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَشْهُودِ بِهِ

أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الشَّاهِدِ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَعُمُّ الشَّهَادَاتِ كُلَّهَا وَبَعْضُهَا يَخُصُّ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ

أَمَّا الشَّرَائِطُ الْعَامَّةُ فَمِنْهَا الْعَقْلُ لِأَنَّ من لَا يَعْقِلُ لَا يَعْرِفُ الشَّهَادَةَ فَكَيْفَ يَقْدِرُ على أَدَائِهَا

وَمِنْهَا الْبُلُوغُ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ على الْأَدَاءِ إلَّا بِالتَّحَفُّظِ وَالتَّحَفُّظُ بِالتَّذَكُّرِ وَالتَّذَكُّرُ بِالتَّفَكُّرِ وَلَا يُوجَدُ من الصَّبِيِّ عَادَةً وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ فيها مَعْنَى الْوِلَايَةِ وَالصَّبِيُّ مُوَلًّى عليه وَلِأَنَّهُ لو كان له شَهَادَةٌ لَلَزِمَتْهُ الْإِجَابَةُ عِنْدَ الدَّعْوَةِ لِلْآيَةِ الْكَرِيمَةِ وهو قَوْله تَعَالَى { وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إذَا ما دُعُوا } أَيْ دُعُوا لِلْأَدَاءِ فَلَا يَلْزَمُهُ إجْمَاعًا

وَمِنْهَا الْحُرِّيَّةُ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْعَبْدِ لقوله (((وقوله))) تَعَالَى { ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ على شَيْءٍ } وَالشَّهَادَةُ شَيْءٌ فَلَا يَقْدِرُ على أَدَائِهَا بِظَاهِرِ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ تَجْرِي مَجْرَى الْوِلَايَاتِ وَالتَّمْلِيكَاتِ أَمَّا مَعْنَى

الْوِلَايَةِ فإن فيه تَنْفِيذَ الْقَوْلِ على الْغَيْرِ وَإِنَّهُ من بَابِ الْوِلَاءِ وَأَمَّا مَعْنَى التَّمْلِيكِ فَإِنَّ الْحَاكِمَ يَمْلِكُ الْحُكْمَ بِالشَّهَادَةِ فَكَأَنَّ الشَّاهِدَ مَلَّكَهُ الْحُكْمَ وَالْعَبْدُ لَا وِلَايَةَ له على غَيْرِهِ وَلَا يَمْلِكُ فَلَا شَهَادَةَ له وَلِأَنَّهُ لو كان له شَهَادَةٌ لَكَانَ يَجِبُ عليه الْإِجَابَةُ إذَا دُعِيَ لِأَدَائِهَا لِلْآيَةِ الْكَرِيمَةِ وَلَا يَجِبُ لِقِيَامِ حَقِّ الْمَوْلَى وَكَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُدَبَّرِ وَالْمُكَاتَبِ وَأُمِّ الْوَلَدِ لِأَنَّهُمْ عُبَيْدٌ وَكَذَا مُعْتَقُ الْبَعْضِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَبِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا بِمَنْزِلَةِ حُرٍّ عليه دَيْنٌ

وَمِنْهَا بَصَرُ الشَّاهِدِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَعْمَى عِنْدَهُمَا سَوَاءٌ كان بَصِيرًا وَقْتَ التَّحَمُّلِ أو لَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ ليس بِشَرْطٍ حتى تُقْبَلَ شَهَادَتُهُ إذَا كان بَصِيرًا وَقْتَ التَّحَمُّلِ

وَهَذَا إذَا كان الْمُدَّعَى شيئا لَا يَحْتَاجُ إلَى الْإِشَارَةِ إلَيْهِ وَقْتَ الْأَدَاءِ فَأَمَّا إذَا كان شيئا يَحْتَاجُ إلَى الْإِشَارَةِ إلَيْهِ وَقْتَ الْأَدَاءِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إجْمَاعًا

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ اشْتِرَاطَ الْبَصَرِ ليس لِعَيْنِهِ بَلْ لِحُصُولِ الْعِلْمِ بِالْمَشْهُودِ بِهِ وَذَا يَحْصُلُ إذَا كان بَصِيرًا وَقْتَ التَّحَمُّلِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ لَا بُدَّ من مَعْرِفَةِ الْمَشْهُودِ له وَالْإِشَارَةِ إلَيْهِ عِنْدَ الشَّهَادَةِ فإذا

كان أَعْمَى عِنْدَ الْأَدَاءِ لَا يَعْرِفُ بالمشهود (((المشهود))) له من غَيْرِهِ فَلَا يَقْدِرُ على أَدَاءِ الشَّهَادَةِ
وَمِنْهَا النُّطْقُ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَخْرَسِ لِأَنَّ مُرَاعَاةَ لَفْظَةِ الشَّهَادَةِ شَرْطُ صِحَّةِ أَدَائِهَا وَلَا عِبَارَةَ لِلْأَخْرَسِ أَصْلًا فَلَا شَهَادَةَ له
وَمِنْهَا الْعَدَالَةُ لِقَبُولِ الشَّهَادَةِ على الْإِطْلَاقِ فَإِنَّهَا لَا تُقْبَلُ على الْإِطْلَاقِ دُونَهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى { مِمَّنْ تَرْضَوْنَ من الشُّهَدَاءِ } وَالشَّاهِدُ الْمَرْضِيُّ هو الشَّاهِدُ الْعَدْلُ
وَالْكَلَامُ في الْعَدَالَةِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ مَاهِيَّةِ الْعَدَالَةِ أنها ما هِيَ في عُرْفِ الشَّرْعِ وفي بَيَانِ صِفَةِ الْعَدَالَةِ الْمَشْرُوطَةِ وفي بَيَانِ أنها شَرْطُ أَصْلِ الْقَبُولِ وُجُودًا أَمْ شَرْطُ الْقَبُولِ على الْإِطْلَاقِ وَوُجُوبًا
أَمَّا الْأَوَّلُ فَقَدْ اخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُ مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ في مَاهِيَّةِ الْعَدَالَةِ الْمُتَعَارَفَةِ قال بَعْضُهُمْ من لم يُطْعَنْ عليه في بَطْنٍ وَلَا فَرْجٍ فَهُوَ عَدْلٌ لِأَنَّ أَكْثَرَ أَنْوَاعِ الْفَسَادِ وَالشَّرِّ يَرْجِعُ إلَى هَذَيْنِ الْعُضْوَيْنِ
وقال بَعْضُهُمْ من لم يُعْرَفْ عليه جَرِيمَةٌ في دِينِهِ فَهُوَ عَدْلٌ
وقال بَعْضُهُمْ من غَلَبَتْ حَسَنَاتُهُ سَيِّئَاتِهِ فَهُوَ عَدْلٌ وقد رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال إذَا رَأَيْتُمْ الرَّجُلَ يَعْتَادُ الصَّلَاةَ في الْمَسَاجِدِ فَاشْهَدُوا له بِالْإِيمَانِ وَرُوِيَ من صلى إلَى قِبْلَتِنَا وَأَكَلَ ذَبِيحَتَنَا فَاشْهَدُوا له بِالْإِيمَانِ
وقال بَعْضُهُمْ من يَجْتَنِبُ الْكَبَائِرَ وَأَدَّى الْفَرَائِضَ وَغَلَبَتْ حَسَنَاتُهُ سَيِّئَاتِهِ فَهُوَ عَدْلٌ
وهو اخْتِيَارُ أُسْتَاذِي الْإِمَامِ فَخْرِ الدِّينِ عَلِيٍّ الْبَزْدَوِيِّ رحمه (((رضي))) اللَّهُ تَعَالَى
واختلفت في مَاهِيَّةِ الْكَبَائِرِ وَالصَّغَائِرِ
قال بَعْضُهُمْ ما فيه حَدٌّ في كِتَابِ اللَّهِ عز وجل فَهُوَ كَبِيرَةٌ وما لَا حَدَّ فيه فَهُوَ صَغِيرَةٌ
وَهَذَا ليس بِسَدِيدٍ فإن شُرْبَ الْخَمْرِ وَأَكْلَ الرِّبَا كَبِيرَتَانِ وَلَا حَدَّ فِيهِمَا في كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى وقال بَعْضُهُمْ ما يُوجِبُ الْحَدَّ فَهُوَ كَبِيرَةٌ وما لَا يُوجِبُهُ فَهُوَ صَغِيرَةٌ وَهَذَا يَبْطُلُ أَيْضًا بِأَكْلِ الرِّبَا فإنه كَبِيرَةٌ وَلَا يُوجِبُ الْحَدَّ وَكَذَا يَبْطُلُ أَيْضًا بِأَشْيَاءَ أُخَرَ هِيَ كَبَائِرُ وَلَا تُوجِبُ الْحَدَّ نَحْوُ عُقُوقِ الْوَالِدَيْنِ والفرارمن الزَّحْفِ وَنَحْوِهَا
وقال بَعْضُهُمْ كل ما جاء مَقْرُونًا بِوَعِيدٍ فَهُوَ كَبِيرَةٌ نَحْوُ قَتْلِ النَّفْسِ الْمُحَرَّمَةِ وَقَذْفِ الْمُحْصَنَاتِ وَالزِّنَا وَالرِّبَا وَأَكْلِ مَالِ الْيَتِيمِ وَالْفِرَارِ من الزخف (((الزحف))) وهو مَرْوِيٌّ عن عبد اللَّهِ بن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما وَقِيلَ له إنَّ عَبْدَ اللَّهِ بن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما قال الْكَبَائِرُ سَبْعٌ فقال هِيَ إلَى سَبْعِينَ أَقْرَبُ وَلَكِنْ لَا كَبِيرَةَ مع تَوْبَةٍ وَلَا صَغِيرَةَ مع إصْرَارٍ
وَرُوِيَ عن الْحَسَنِ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال ما تَقُولُونَ في الزِّنَا وَالسَّرِقَةِ وَشُرْبِ الْخَمْرِ قالوا اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ
قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ هُنَّ فَوَاحِشُ وَفِيهِنَّ عُقُوبَةٌ
ثُمَّ قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَلَا أُنَبِّئُكُمْ بِأَكْبَرِ الْكَبَائِرِ فَقَالُوا بَلَى يا رَسُولَ اللَّهِ فقال الْإِشْرَاكُ بِاَللَّهِ وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ وكان عليه السلام مُتَّكِئًا فَجَلَسَ ثُمَّ قال أَلَا وَقَوْلُ الزُّورِ أَلَا وَقَوْلُ الزُّورِ أَلَا وَقَوْلُ الزُّورِ
فإذا عَرَفْت تَفْسِيرَ الْعَدَالَةِ في عُرْفِ الشَّرْعِ فَلَا عَدَالَةَ لِشَارِبِ الْخَمْرِ لِأَنَّ شُرْبَهُ كَبِيرَةٌ فَتَسْقُطُ بِهِ الْعَدَالَةُ
وَمِنْ مَشَايِخِنَا من قال إذَا كان الرَّجُلُ صَالِحًا في أُمُورِهِ تَغْلِبُ حَسَنَاتُهُ سَيِّئَاتِهِ وَلَا يُعْرَفُ بِالْكَذِبِ وَلَا بِشَيْءٍ من الْكَبَائِرِ غير أَنَّهُ يَشْرَبُ الْخَمْرَ أَحْيَانًا لِصِحَّةِ

الْبَدَنِ وَالتَّقَوِّي لَا لِلتَّلَهِّي يَكُونُ عَدْلًا
وَعَامَّةُ مَشَايِخِنَا على أَنَّهُ لَا يَكُونُ عَدْلًا لِأَنَّ شُرْبَ الْخَمْرِ كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ وَإِنْ كان لِلتَّقَوِّي
وَمَنْ شَرِبَ النَّبِيذَ لَا تَسْقُطُ عَدَالَتُهُ بِنَفْسِ الشُّرْبِ لِأَنَّ شُرْبَهُ لِلتَّقَوِّي دُونَ التهلي (((التلهي))) حَلَالٌ وَأَمَّا السُّكْرُ منه فَإِنْ كان وَقَعَ منه مَرَّةً وهو لَا يَدْرِي أو وَقَعَ سَهْوًا لَا تَسْقُطُ عَدَالَتُهُ
وَإِنْ كان يُعْتَادُ السُّكْرَ منه تَسْقُطُ

عَدَالَتُهُ لِأَنَّ السُّكْرَ منه حَرَامٌ وَلَا عَدَالَةَ لِمَنْ يَحْضُرُ مَجْلِسَ الشُّرْبِ وَيَجْلِسُ بَيْنَهُمْ وَإِنْ كان لَا يَشْرَبُ لِأَنَّ حُضُورَهُ مَجْلِسَ الْفِسْقِ فِسْقٌ وَلَا عَدَالَةَ لِلنَّائِحِ وَالنَّائِحَةِ لِأَنَّ فِعْلَهُمَا مَحْظُورٌ وَأَمَّا الْمُغَنِّي فَإِنْ كان يَجْتَمِعُ الناس عليه لِلْفِسْقِ بِصَوْتِهِ فَلَا عَدَالَةَ له وَإِنْ كان هو لَا يَشْرَبُ لِأَنَّهُ رَأْسُ الْفَسَقَةِ وَإِنْ كان يَفْعَلُ ذلك مع نَفْسِهِ لِدَفْعِ الْوَحْشَةِ لَا تَسْقُطُ عَدَالَتُهُ لِأَنَّ ذلك مِمَّا لَا بَأْسَ بِهِ لِأَنَّ السَّمَاعَ مِمَّا يُرَقِّقُ الْقُلُوبَ لَكِنْ لَا يَحِلُّ الْفِسْقُ بِهِ
وَأَمَّا الذي يَضْرِبُ شيئا من الْمَلَاهِي فإنه يُنْظَرُ إنْ لم يَكُنْ مُسْتَشْنَعًا كَالْقَصَبِ وَالدُّفِّ وَنَحْوِهِ لَا بَأْسَ بِهِ وَلَا تَسْقُطُ عَدَالَتُهُ وَإِنْ كان مُسْتَشْنَعًا كَالْعُودِ وَنَحْوِهِ سَقَطَتْ عَدَالَتُهُ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ بِوَجْهٍ من الْوُجُوهِ
وَالَّذِي يَلْعَبُ بِالْحَمَامِ فَإِنْ كان لَا يُطَيِّرُهَا لَا تَسْقُطُ عَدَالَتُهُ وَإِنْ كان يُطَيِّرُهَا تَسْقُطُ عَدَالَتُهُ لِأَنَّهُ يَطَّلِعُ على عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَيَشْغَلُهُ ذلك عن الصَّلَاةِ وَالطَّاعَاتِ
وَمَنْ يَلْعَبُ بالرند (((بالنرد))) فَلَا عَدَالَةَ له
وَكَذَلِكَ من يَلْعَبُ بِالشِّطْرَنْجِ وَيَعْتَادُهُ فَلَا عَدَالَةَ له وَإِنْ أَبَاحَهُ بَعْضُ الناس لِتَشْحِيذِ الْخَاطِرِ وَتَعَلُّمِ أَمْرِ الْحَرْبِ لِأَنَّهُ حَرَامٌ عِنْدَنَا لِكَوْنِهِ لَعِبًا
قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كُلُّ لَعِبٍ حَرَامٌ إلَّا مُلَاعَبَةَ الرَّجُلِ أَهْلَهُ وَتَأْدِيبَهُ فَرَسَهُ وَرَمْيَهُ عن قَوْسِهِ
وَكَذَلِكَ إذَا اعْتَادَ ذلك يَشْغَلُهُ عن الصَّلَاةِ وَالطَّاعَاتِ
فَإِنْ كان يَفْعَلُهُ أَحْيَانًا وَلَا يُقَامِرُ بِهِ لَا تَسْقُطُ عَدَالَتُهُ وَلَا عَدَالَةَ لِمَنْ يَدْخُلُ الْحَمَّامَ بِغَيْرِ مِئْزَرٍ لِأَنَّ سَتْرَ الْعَوْرَةِ فَرِيضَةٌ وَمَنْ تَرَكَ الصَّلَاةَ بِالْجَمَاعَاتِ اسْتِخْفَافًا بها وَهَوَانًا بِتَرْكِهَا فَلَا عَدَالَةَ له لِأَنَّ الْجَمَاعَةَ وَاجِبَةٌ وَإِنْ كان تَرَكَهَا عن تَأْوِيلٍ بِأَنْ كان الْإِمَامُ غير مَرْضِيٍّ عِنْدَهُ لَا تَسْقُطُ عَدَالَتُهُ وَلَا عَدَالَةَ لِمَنْ يَفْجُرُ بِالنِّسَاءِ أو يَعْمَلُ بِعَمَلِ قَوْمِ لُوطٍ وَلَا لِلسَّارِقِ وَقَاطِعِ الطَّرِيقِ وَالْمُتَلَصِّصِ وَقَاذِفِ الْمُحْصَنَاتِ وَقَاتِلِ النَّفْسِ الْمُحَرَّمَةِ وَآكِلِ الرِّبَا وَنَحْوِهِ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ من رؤس الْكَبَائِرِ وَلَا عَدَالَةَ لِلْمُخَنَّثِ لِأَنَّ فِعْلَهُ وَعَمَلَهُ كَبِيرَةٌ وَلَا عَدَالَةَ لِمَنْ لم يُبَالِ من أَيْنَ يَكْتَسِبُ الدَّرَاهِمَ من أَيِّ وَجْهٍ كان لِأَنَّ من هذا حَالُهُ لَا يأمن (((يؤمن))) منه أَنْ يَشْهَدَ زُورًا طَمَعًا في الْمَالِ
وَالْمَعْرُوفُ بِالْكَذِبِ لَا عَدَالَةَ له وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ أَبَدًا وَإِنْ تَابَ
لِأَنَّ من صَارَ مَعْرُوفًا بِالْكَذِبِ وَاشْتُهِرَ بِهِ لَا يُعْرَفُ صِدْقُهُ في تَوْبَتِهِ بِخِلَافِ الْفَاسِقِ إذَا تَابَ عن سَائِرِ أَنْوَاعِ الْفِسْقِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ
وَكَذَا من وَقَعَ في الْكَذِبِ سَهْوًا وَابْتُلِيَ بِهِ مَرَّةً ثُمَّ تَابَ لِأَنَّهُ قَلَّ ما يَخْلُو مُسْلِمٌ

عن ذلك فَلَوْ مُنِعَ الْقَبُولُ لَانْسَدَّ بَابُ الشَّهَادَةِ
وَأَمَّا الْأَقْلَفُ فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إذَا كان عَدْلًا ولم يَكُنْ تَرْكُهُ الْخِتَانَ رَغْبَةً عن السُّنَّةِ لِعُمُومَاتِ الشَّهَادَةِ وَلِأَنَّ إسْلَامَهُ إذَا كان في حَالِ الْكِبَرِ فَيَجُوزُ أَنَّهُ خَافَ على نَفْسِهِ التَّلَفَ فَإِنْ لم يَخَفْ ولم يَخْتَتِنْ تَارِكًا لِلسُّنَّةِ لم تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ كَالْفَاسِقِ وَالَّذِي يَرْتَكِبُ الْمَعَاصِيَ أَنَّ شَهَادَتَهُ لَا تَجُوزُ وَإِنْ كنا لَا نَسْتَيْقِنُ كَوْنَهُ فَاسِقًا في تِلْكَ الْحَالِ
وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ وَلَدِ الزِّنَا إذا كان عَدْلًا لِعُمُومَاتِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ زِنَا الْوَالِدَيْنِ لَا يَقْدَحُ في عَدَالَتِهِ لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى } وما رُوِيَ عنه وَلَدُ الزِّنَا أَسْوَأُ الثَّلَاثَةِ فَذَا في وَلَدٍ مُعَيَّنٍ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْخَصِيِّ لِعُمُومَاتِ الشَّهَادَةِ
وَرُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قَبِلَ شَهَادَةَ عَلْقَمَةَ الْخَصِيِّ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ من الصَّحَابَةِ وَلِأَنَّ الْخِصَاءَ لَا يَقْدَحُ في الْعَدَالَةِ فَلَا يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ
وَأَمَّا شَهَادَةُ صَاحِبِ الْهَوَى إذَا كان عَدْلًا في هَوَاهُ وَدِينِهِ نُظِرَ في ذلك إنْ كان هَوًى يُكَفِّرُهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِأَنَّ شَهَادَةَ الْكَافِرِ على الْمُسْلِمِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ
وَإِنْ كان لَا يُكَفِّرُهُ فَإِنْ كان صَاحِبُ الْعَصَبِيَّةِ وَصَاحِبُ الدَّعْوَةِ إلَى هَوَاهُ أو كان فيه مَجَانَةٌ لَا تُقْبَلُ أَيْضًا لِأَنَّ صَاحِبَ الْعَصَبِيَّةِ وَالدَّعْوَةِ لَا يُبَالِي من الْكَذِبِ وَالتَّزْوِيرِ لِتَرْوِيجِ هَوَاهُ فَكَانَ فَاسِقًا فيه
وَكَذَا إذَا كان فيه مَجَانَةٌ لِأَنَّ الْمَاجِنَ لَا يُبَالِي من الْكَذِبِ فَإِنْ لم يَكُنْ كَذَلِكَ وهو عَدْلٌ في هَوَاهُ تُقْبَلُ لِأَنَّ هَوَاهُ يَزْجُرُهُ عن الْكَذِبِ إلَّا صِنْفٌ من الرَّافِضَةِ يُسَمَّوْنَ بِالْخَطَّابِيَّةِ فَإِنَّهُمْ لَا شَهَادَةَ لهم لِأَنَّ من نِحْلَتِهِمْ أَنَّهُ تَحِلُّ الشَّهَادَةُ لِمَنْ يُوَافِقُهُمْ على من يُخَالِفُهُمْ
وَقِيلَ من نِحْلَتِهِمْ أَنَّ من ادَّعَى أَمْرًا من الْأُمُورِ وَحَلَفَ عليه كان صَادِقًا في دَعْوَاهُ فَيَشْهَدُونَ له فَإِنْ كان هذا مَذْهَبَهُمْ فَلَا تَخْلُو شَهَادَتُهُمْ عن الْكَذِبِ
وَكَذَا لَا عَدَالَةَ لِأَهْلِ الْإِلْهَامِ لِأَنَّهُمْ يَحْكُمُونَ بِالْإِلْهَامِ فَيَشْهَدُونَ لِمَنْ يَقَعُ في قُلُوبِهِمْ أَنَّهُ صَادِقٌ في دَعْوَاهُ وَمَعْلُومٌ أَنَّ ذلك لَا يَخْلُو عن الْكَذِبِ وَلَا عَدَالَةَ لِمَنْ يُظْهِرُ شَتِيمَةَ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ لِأَنَّ شَتِيمَةَ وَاحِدٍ من آحَادِ الْمُسْلِمِينَ مُسْقِطَةٌ لِلْعَدَالَةِ فَشَتِيمَتُهُمْ أَوْلَى
وَلَا عَدَالَةَ لِصَاحِبِ الْمَعْصِيَةِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ليس مِنَّا من مَاتَ على الْمَعْصِيَةِ
وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من مَاتَ على الْمَعْصِيَةِ فَهُوَ كَحِمَارٍ نَزَعَ

بِدِينِهِ فَكَانَتْ الْمَعْصِيَةُ مَعْصِيَةً مُسْقِطَةً لِلْعَدَالَةِ
وَالْأَصْلُ في هذا الْفَصْلِ أَنَّ من ارْتَكَبَ جَرِيمَةً فَإِنْ كانت من الْكَبَائِرِ سَقَطَتْ عَدَالَتُهُ إلَّا أَنْ يَتُوبَ فَإِنْ لم تَكُنْ من الْكَبَائِرِ فَإِنْ أَصَرَّ عليها وَاعْتَادَ ذلك فَكَذَلِكَ لِأَنَّ الصَّغِيرَةَ بِالْإِصْرَارِ عليها تَصِيرُ كَبِيرَةً
قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا صَغِيرَةَ مع الْإِصْرَارِ وَلَا كَبِيرَةَ مع الِاسْتِغْفَارِ وَإِنْ لم يُصِرَّ عليها لَا تَسْقُطُ عَدَالَتُهُ إذَا غَلَبَتْ حَسَنَاتُهُ سَيِّئَاتِهِ
وَأَمَّا بَيَانُ صِفَةِ الْعَدَالَةِ الْمَشْرُوطَةِ فَقَدْ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ قال أبو

حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه الشَّرْطُ هو الْعَدَالَةُ الظَّاهِرَةُ فَأَمَّا الْعَدَالَةُ الْحَقِيقِيَّةُ وَهِيَ الثَّابِتَةُ بِالسُّؤَالِ عن حَالِ الشُّهُودِ بِالتَّعْدِيلِ وَالتَّزْكِيَةِ فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إنَّهَا شَرْطٌ
وَلَقَبُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الْقَضَاءَ بِظَاهِرِ الْعَدَالَةِ جَائِزٌ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَجُوزُ
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّهُ لَا خِلَافَ في أَنَّهُ إذَا طَعَنَ الْخَصْمُ في الشَّاهِدِ أَنَّهُ لَا يَكْتَفِي بِظَاهِرِ الْعَدَالَةِ بَلْ يَسْأَلُ الْقَاضِي عن حَالِ الشُّهُودِ وَكَذَا لَا خِلَافَ في أَنَّهُ يَسْأَلُ عن حَالِهِمْ في الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ وَلَا يَكْتَفِي بِالْعَدَالَةِ الظَّاهِرَةِ سَوَاءٌ طَعَنَ الْخَصْمُ فِيهِمْ أو لم يَطْعَنْ
وَاخْتَلَفُوا فِيمَا سِوَى الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ إذَا لم يَطْعَنْ الْخَصْمُ
قال أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَسْأَلُ
وَقَالَا يَسْأَلُ عن مَشَايِخِنَا من قال هذا الِاخْتِلَافُ اخْتِلَافُ زَمَانٍ لَا اخْتِلَافَ حَقِيقَةٍ لِأَنَّ زَمَنَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ كان من أَهْلِ خَيْرٍ وَصَلَاحٍ لِأَنَّهُ زَمَنُ التَّابِعِينَ وقد شَهِدَ لهم النبي بِالْخَيْرِيَّةِ بِقَوْلِهِ خَيْرُ الْقُرُونِ قَرْنِي الذي أنا فيه ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ يفشوا (((يفشو))) الْكَذِبُ الحديث فَكَانَ الْغَالِبُ في أَهْلِ زَمَانِهِ الصَّلَاحَ وَالسَّدَادَ فَوَقَعَتْ الْغُنْيَةُ عن السُّؤَالِ عن حَالِهِمْ في السِّرِّ
ثُمَّ تَغَيَّرَ الزَّمَانُ وَظَهَرَ الْفَسَادُ في قَرْنِهِمَا فَوَقَعَتْ الْحَاجَةُ إلَى السُّؤَالِ عن الْعَدَالَةِ فَكَانَ اخْتِلَافُ جَوَابِهِمْ لِاخْتِلَافِ الزَّمَانِ فَلَا يَكُونُ اخْتِلَافًا حقيقا (((حقيقة))) وَمِنْهُمْ من حَقَّقَ الْخِلَافَ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْعَدَالَةَ الظَّاهِرَةَ تَصْلُحُ لِلدَّفْعِ لَا لِلْإِثْبَاتِ لِثُبُوتِهَا بِاسْتِصْحَابِ الْحَالِ دُونَ الدَّلِيلِ وَالْحَاجَةُ هَهُنَا إلَى الْإِثْبَاتِ وهو إيجَابُ الْقَضَاءِ وَالظَّاهِرُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً له فَلَا بُدَّ من إثْبَاتِ الْعَدَالَةِ بِدَلِيلِهَا وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ظَاهِرُ قَوْلِهِ عز وجل { وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا } أَيْ عَدْلًا
وَصَفَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى مُؤْمِنِي هذه الْأُمَّةِ بِالْوَسَاطَةِ وَهِيَ الْعَدَالَةُ
وقال سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ تَعَالَى عنه عُدُولٌ بَعْضُهُمْ على بَعْضٍ فَصَارَتْ الْعَدَالَةُ أَصْلًا في الْمُؤْمِنِينَ وَزَوَالُهَا بِعَارِضٍ وَلِأَنَّ الْعَدَالَةَ الْحَقِيقِيَّةَ مِمَّا لَا يُمْكِنُ الْوُصُولُ إلَيْهَا فَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِالظَّاهِرِ وقد ظَهَرَتْ عَدَالَتُهُمْ قبل السُّؤَالِ عن حَالِهِمْ فَيَجِبُ الِاكْتِفَاءُ بِهِ إلَّا أَنْ يَطْعَنَ الْخَصْمُ لِأَنَّهُ إذَا طَعَنَ الْخَصْمُ وهو صَادِقٌ في الطَّعْنِ فَيَقَعُ التَّعَارُضُ بين الظَّاهِرَيْنِ فَلَا بُدَّ من التَّرْجِيحِ بِالسُّؤَالِ
وَالسُّؤَالُ في الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ طَرِيقٌ لِدَرْئِهَا وَالْحُدُودُ يُحْتَالُ فيها لِلدَّرْءِ
وَلَوْ طَعَنَ الْمَشْهُودُ عليه في حُرِّيَّةِ الشَّاهِدَيْنِ وقال إنَّهُمَا رَقِيقَانِ وَقَالَا نَحْنُ حُرَّانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ حتى تَقُومَ لَهُمَا الْبَيِّنَةُ على حُرِّيَّتِهِمَا لِأَنَّ الْأَصْلَ في بَنِي آدَمَ وَإِنْ كان هو الْحُرِّيَّةَ لِكَوْنِهِمْ أَوْلَادَ آدَمَ وَحَوَّاءَ عَلَيْهِمَا السلام وَهُمَا حُرَّانِ لَكِنَّ الثَّابِتَ بِحُكْمِ اسْتِصْحَابِ الْحَالِ لَا يَصْلُحُ لِلْإِلْزَامِ على الْخَصْمِ وَلَا بُدَّ من إثْبَاتِهَا بِالدَّلَائِلِ
وَالْأَصْلُ فيه أَنَّ الناس كُلَّهُمْ أَحْرَارٌ إلَّا في أَرْبَعَةٍ الشَّهَادَاتِ وَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ وَالْعَقْلِ هذا إذَا كَانَا مَجْهُولَيْ النَّسَبِ لم تُعْرَفْ حُرِّيَّتُهُمَا ولم تَكُنْ ظَاهِرَةً مَشْهُورَةً بِأَنْ كَانَا من الْهِنْدِ أو التُّرْكِ أو غَيْرِهِمْ مِمَّنْ لَا تُعْرَفُ حُرِّيَّتُهُ أو كَانَا عَرَبِيَّيْنِ
فَأَمَّا إذَا لم يَكُونَا مِمَّنْ يَجْرِي عليه الرِّقُّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمَا وَلَا يَثْبُتُ رِقُّهُمَا إلَّا بِالْبَيِّنَةِ
وَأَمَّا بَيَانُ أَنَّ الْعَدَالَةَ شَرْطُ قَبُولِ أَصْلِ الشَّهَادَةِ وُجُودًا أَمْ شَرْطُ الْقَبُولِ مُطْلَقًا وُجُوبًا وَوُجُودًا فَقَدْ اُخْتُلِفَ فيه قال أَصْحَابُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ إنَّهَا شَرْطُ الْقَبُولِ لِلشَّهَادَةِ وُجُودًا على الْإِطْلَاقِ وَوُجُوبًا لَا شَرْطَ أَصْلِ الْقَبُولِ حتى يَثْبُتَ

الْقَبُولُ بِدُونِهِ وقال الشَّافِعِيُّ عليه الرَّحْمَةُ إنَّهَا شَرْطُ أَصْلِ الْقَبُولِ لَا يَثْبُتُ الْقَبُولُ أَصْلًا دُونَهَا حتى إنَّ الْقَاضِيَ لو تَحَرَّى الصِّدْقَ في شَهَادَةِ الْفَاسِقِ يَجُوزُ له قَبُولُ شَهَادَتِهِ وَلَا يَجُوزُ الْقَبُولُ من غَيْرِ تَحَرٍّ بِالْإِجْمَاعِ

وَكَذَا لَا يَجِبُ عليه الْقَبُولُ بِالْإِجْمَاعِ وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَ شَهَادَةَ الْعَدْلِ من غَيْرِ تَحَرٍّ وإذا شَهِدَ يَجِبُ عليه الْقَبُولُ

وَهَذَا هو الْفَصْلُ بين شَهَادَةِ الْعَدْلِ وَبَيْنَ شَهَادَةِ الْفَاسِقِ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ عليه الرَّحْمَةُ لَا يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِشَهَادَةِ الْفَاسِقِ أَصْلًا

وَكَذَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِشَهَادَةِ الْفَاسِقَيْنِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ لَا يَنْعَقِدُ

وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مَبْنَى قَبُولِ الشَّهَادَاتِ على الصِّدْقِ وَلَا يَظْهَرُ الصِّدْقُ إلَّا بِالْعَدَالَةِ لِأَنَّ خَبَرَ من ليس بِمَعْصُومٍ عن الْكَذِبِ يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ وَالْكَذِبَ وَلَا يَقَعُ التَّرْجِيحُ إلَّا بِالْعَدَالَةِ

وَاحْتَجَّ في انْعِقَادِ النِّكَاحِ بِقَوْلِهِ لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ

وَلَنَا عُمُومَاتُ قَوْله تَعَالَى { وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ من رِجَالِكُمْ } وَقَوْلِهِ لَا

نِكَاحَ إلَّا بِشُهُودٍ وَالْفَاسِقُ شَاهِدٌ لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { مِمَّنْ تَرْضَوْنَ من الشُّهَدَاءِ } قَسَّمَ الشُّهُودَ إلَى مَرْضِيِّينَ وَغَيْرِ مَرْضِيِّينَ فَيَدُلُّ على كَوْنِ غَيْرِ الْمَرْضِيِّ وهو الْفَاسِقُ شَاهِدًا وَلِأَنَّ حَضْرَةَ الشُّهُودِ في بَابِ النِّكَاحِ لِدَفْعِ تُهْمَةِ الزِّنَا لَا لِلْحَاجَةِ إلَى شَهَادَتِهِمْ عِنْدَ الْجُحُودِ وَالْإِنْكَارِ لِأَنَّ النِّكَاحَ يَشْتَهِرُ بَعْدَ وُقُوعِهِ فَيُمْكِنُ دَفْعُ الْجُحُودِ وَالْإِنْكَارِ بِالشَّهَادَةِ بِالتَّسَامُعِ وَالتُّهْمَةُ تَنْدَفِعُ بِحَضْرَةِ الْفَاسِقِ فَيَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِحَضْرَتِهِمْ

وَأَمَّا قَوْلُهُ الرُّكْنُ في الشَّهَادَةِ هو صِدْقُ الشَّاهِدِ فَنَعَمْ لَكِنَّ الصِّدْقَ لَا يَقِفُ على الْعَدَالَةِ لَا مَحَالَةَ فإن من الْفَسَقَةِ من لَا يُبَالِي بِارْتِكَابِهِ أَنْوَاعًا من الْفِسْقِ وَيَسْتَنْكِفُ عن الْكَذِبِ وَالْكَلَامُ في فَاسِقٍ تَحَرَّى الْقَاضِي الصِّدْقَ في شَهَادَتِهِ فَغَلَبَ على ظَنِّهِ صِدْقُهُ وَلَوْ لم يَكُنْ كَذَلِكَ لَا يَجُوزُ الْقَضَاءُ بِشَهَادَتِهِ عِنْدَنَا

وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَقَدْ رُوِيَ عن بَعْضِ نَقَلَةِ الحديث أَنَّهُ قال لم يَثْبُتْ عن رسول اللَّهِ وَلَنْ يَثْبُتَ فَلَا حُجَّةَ له فيه بَلْ هو حُجَّةٌ عليه لِأَنَّهُ ليس فيه جَعْلُ الْعَدَالَةِ صِفَةً لِلشَّاهِدِ لِأَنَّهُ لو كان كَذَلِكَ لَقَالَ لَا نكالح (((نكاح))) إلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ بَلْ هذا إضَافَةُ الشَّاهِدَيْنِ إلَى الْعَدْلِ وهو كَلِمَةُ التَّوْحِيدِ فَكَأَنَّهُ قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِيٍّ مقابل (((مقابلي))) كَلِمَةِ الْعَدْلِ وَهِيَ كَلِمَةُ الْإِسْلَامِ وَالْفَاسِقُ مُسْلِمٌ فَيَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِحَضْرَتِهِ

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ مَحْدُودًا في قَذْفٍ عِنْدَنَا وهو شَرْطُ الْأَدَاءِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس بِشَرْطٍ وَاحْتَجَّ بِعُمُومَاتِ الشَّهَادَةِ من غَيْرِ فَصْلٍ لِأَنَّ الْمَانِعَ هو الْفِسْقُ بِالْقَذْفِ وقد زَالَ بِالتَّوْبَةِ

وَلَنَا قَوْله تَعَالَى جَلَّ وَعَلَا { وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ } الْآيَةَ

نهى سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عن قَبُولِ شَهَادَةِ الرَّامِي على التَّأْبِيدِ فَيَتَنَاوَلُ زَمَانَ ما بَعْدَ التَّوْبَةِ

وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَحْدُودَ في الْقَذْفِ مَخْصُوصٌ من عُمُومَاتِ الشَّهَادَةِ عَمَلًا بِالنُّصُوصِ كُلِّهَا صِيَانَةً لها عن التَّنَاقُضِ

وَكَذَلِكَ الذِّمِّيُّ إذَا قَذَفَ مُسْلِمًا فَحُدَّ حَدَّ الْقَذْفِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ على أَهْلِ

الذِّمَّةِ فَإِنْ أَسْلَمَ جَازَتْ شَهَادَتُهُ عليهم وَعَلَى الْمُسْلِمِينَ
وَبِمِثْلِهِ الْعَبْدُ الْمُسْلِمُ إذَا قَذَفَ حُرًّا ثُمَّ حُدَّ حَدَّ الْقَذْفِ ثُمَّ عَتَقَ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ أَبَدًا وَإِنْ أُعْتِقَ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ إقَامَةَ الْحَدِّ تُوجِبُ بُطْلَانَ شَهَادَةٍ كان لِلْقَاذِفِ قبل الْإِقَامَةِ وَالثَّابِتُ لِلذِّمِّيِّ قبل إقَامَةِ الْحَدِّ شَهَادَتُهُ على أَهْلِ الذِّمَّةِ لَا على أَهْلِ الْإِسْلَامِ فَتَبْطُلُ تِلْكَ الشَّهَادَةُ بِإِقَامَةِ الْحَدِّ فإذا أَسْلَمَ فَقَدْ حَدَثَتْ له بِالْإِسْلَامِ شَهَادَةٌ غَيْرُ مَرْدُودَةٍ وَهِيَ شهادته (((شهادة))) على أَهْلِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّهَا لم تَكُنْ له لِتَبْطُلَ بِالْحَدِّ فَتُقْبَلُ هذه الشَّهَادَةُ ثُمَّ من ضَرُورَةِ قَبُولِ شَهَادَتِهِ على أَهْلِ الْإِسْلَامِ قَبُولُ شَهَادَتِهِ على أَهْلِ الذِّمَّةِ بِخِلَافِ الْعَبْدِ لِأَنَّ الْعَبْدَ من أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَإِنْ لم تَكُنْ له شَهَادَةٌ مَقْبُولَةٌ لِأَنَّ له عَدَالَةَ الْإِسْلَامِ وَالْحَدُّ أَبْطَلَ ذلك على التَّأْبِيدِ
وَلَوْ ضُرِبَ الذِّمِّيُّ بَعْضَ الْحَدِّ فَأَسْلَمَ ثُمَّ ضُرِبَ الْبَاقِيَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِأَنَّ الْمُبْطِلَ لِلشَّهَادَةِ إقَامَةُ الْحَدِّ في حَالَةِ الْإِسْلَامِ ولم تُوجَدْ لِأَنَّ الْحَدَّ اسْمٌ لِلْكُلِّ فَلَا يَكُونُ الْبَعْضُ حَدًّا لِأَنَّ الْحَدَّ لَا يَتَجَزَّأُ وَهَذَا جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ
وَذَكَرَ الْفَقِيهُ أبو اللَّيْثِ عليه الرَّحْمَةُ رِوَايَتَيْنِ أُخْرَيَيْنِ فقال في رِوَايَةٍ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وفي رِوَايَةٍ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَلَوْ ضُرِبَ سَوْطًا وَاحِدًا في الْإِسْلَامِ لِأَنَّ السِّيَاطَ الْمُتَقَدِّمَةَ تَوَقَّفَ كَوْنُهَا حَدًّا على وُجُودِ السَّوْطِ الْأَخِيرِ وقد وُجِدَ كَمَالُ الْحَدِّ في حَالَةِ الْإِسْلَامِ وفي رِوَايَةٍ اُعْتُبِرَ الْأَكْثَرُ إنْ وُجِدَ أَكْثَرُ الْحَدِّ في حَالِ الْإِسْلَامِ تَبْطُلُ شَهَادَتُهُ وَإِلَّا فَلَا لِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الْكُلِّ في الشَّرْعِ
وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْحَدَّ اسْمٌ لِلْكُلِّ وَعِنْدَ ضَرْبِ السَّوْطِ الْأَخِيرِ تَبَيَّنَ أَنَّ السِّيَاطَ كُلَّهَا كانت حَدًّا ولم يُوجَدْ الْكُلُّ في حَالِ الْإِسْلَامِ بَلْ الْبَعْضُ فَلَا تُرَدُّ بِهِ الشَّهَادَةُ الْحَادِثَةُ بِالْإِسْلَامِ
هذا إذَا شَهِدَ بَعْدَ إقَامَةِ الْحَدِّ وَبَعْدَ التَّوْبَةِ فَأَمَّا إذَا شَهِدَ بَعْدَ التَّوْبَةِ قبل إقَامَةِ الْحَدِّ فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بِالْإِجْمَاعِ وَلَوْ شَهِدَ بَعْدَ إقَامَةِ الْحَدِّ قبل التَّوْبَةِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بِالْإِجْمَاعِ وَلَوْ شَهِدَ قبل التَّوْبَةِ وَقَبْلَ إقَامَةِ الْحَدِّ فَهِيَ مَسْأَلَةُ شَهَادَةِ الْفَاسِقِ وقد مَرَّتْ
وَأَمَّا النِّكَاحُ بِحَضْرَةِ الْمَحْدُودِينَ في الْقَذْفِ فَيَنْعَقِدُ بِالْإِجْمَاعِ أَمَّا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلِأَنَّ له شَهَادَةً أَدَاءً فَكَانَتْ له شَهَادَةٌ سَمَاعًا وَأَمَّا عِنْدَنَا فَلِأَنَّ حَضْرَةَ الشُّهُودِ لَدَى النِّكَاحِ لَيْسَتْ لِدَفْعِ الْجُحُودِ وَالْإِنْكَارِ لِانْدِفَاعِ الْحَاجَةِ بِالشَّهَادَةِ بِالتَّسَامُعِ بَلْ لِرَفْعِ رِيبَةِ الزِّنَا وَالتُّهْمَةِ بِهِ وَذَا يُجْعَلُ بِحَضْرَةِ الْمَحْدُودِينَ في الْقَذْفِ فَيَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِحَضْرَتِهِمْ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ لِلنَّهْيِ عن الْقَبُولِ وَالِانْعِقَادُ يَنْفَصِلُ

عن الْقَبُولِ في الْجُمْلَةِ
وَأَمَّا الْمَحْدُودُ في الزِّنَا وَالسَّرِقَةِ وَالشُّرْبِ فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بِالْإِجْمَاعِ إذَا تَابَ لِأَنَّهُ صَارَ عَدْلًا
وَالْقِيَاسُ أَنْ تُقْبَلَ شَهَادَةُ الْمَحْدُودِ في الْقَذْفِ إذَا تَابَ لَوْلَا النَّصُّ الْخَاصُّ بِعَدَمِ الْقَبُولِ على التَّأْبِيدِ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَجُرَّ الشَّاهِدُ إلَى نَفْسِهِ مَغْنَمًا وَلَا يَدْفَعَ عن نَفْسِهِ مَغْرَمًا بِشَهَادَتِهِ

لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا شَهَادَةَ لِجَارِ الْمَغْنَمِ وَلَا لِدَافِعِ الْمَغْرَمِ وَلِأَنَّ شَهَادَتَهُ إذَا تَضَمَّنَتْ مَعْنَى النَّفْعِ وَالدَّفْعِ فَقَدْ صَارَ مُتَّهَمًا وَلَا شَهَادَةَ لِلْمُتَّهَمِ على لِسَانِ رسول اللَّهِ وَلِأَنَّهُ إذَا جَرَّ النَّفْعَ إلَى نَفْسِهِ بِشَهَادَتِهِ لم تَقَعْ شَهَادَتُهُ لِلَّهِ تَعَالَى عز وجل بَلْ لِنَفْسِهِ فَلَا تُقْبَلُ

وَعَلَى هذا تَخْرُجُ شَهَادَةُ الْوَالِدِ وَإِنْ عَلَا لِوَلَدِهِ وَإِنْ سَفَلَ وَعَكْسُهُ أنها غَيْرُ مَقْبُولَةٍ لِأَنَّ الْوَالِدِينَ وَالْمَوْلُودِينَ يَنْتَفِعُ الْبَعْضُ بِمَالِ الْبَعْضِ عَادَةً فَيَتَحَقَّقُ مَعْنَى جَرِّ النَّفْعِ وَالتُّهْمَةِ وَالشَّهَادَةِ لِنَفْسِهِ فَلَا تُقْبَلُ

وَذَكَرَ الْخَصَّافُ رَحِمَهُ اللَّهُ في أَدَبِ الْقَاضِي عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَالِدِ لِوَلَدِهِ وَلَا الْوَلَدِ لِوَالِدِهِ وَلَا السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ وَلَا الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ وَلَا الزَّوْجَةِ لِزَوْجِهَا وَلَا الزَّوْجِ لِزَوْجَتِهِ

وَأَمَّا سَائِرُ الْقَرَابَاتِ كَالْأَخِ وَالْعَمِّ وَالْخَالِ وَنَحْوِهِمْ فَتُقْبَلُ شَهَادَةُ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ ليس لِبَعْضِهِمْ تَسَلُّطٌ في مَالِ الْبَعْضِ عُرْفًا وَعَادَةً فَالْتَحَقُوا بِالْأَجَانِبِ

وَكَذَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَالِدِ من الرَّضَاعِ لِوَلَدِهِ من الرَّضَاعِ وَشَهَادَةُ الْوَلَدِ من الرَّضَاعِ لِوَالِدِهِ من الرَّضَاعِ لِأَنَّ الْعَادَةَ ما جَرَتْ بِانْتِفَاعِ هَؤُلَاءِ بَعْضِهِمْ بِمَالِ الْبَعْضِ فَكَانُوا كَالْأَجَانِبِ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ وَلَا شَهَادَةُ الْعَبْدِ لِمَوْلَاهُ لِمَا قُلْنَا

وَأَمَّا شَهَادَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِصَاحِبِهِ فَلَا تُقْبَلُ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تُقْبَلُ وَاحْتَجَّ بِعُمُومَاتِ الشَّهَادَةِ من غَيْرِ تَخْصِيصٍ نَحْوُ قَوْله تَعَالَى جلا (((جل))) وَعَلَا { وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ من رِجَالِكُمْ } وَقَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ } وَقَوْلِهِ عَظُمَتْ كِبْرِيَاؤُهُ { مِمَّنْ تَرْضَوْنَ من الشُّهَدَاءِ } من غَيْرِ فَصْلٍ بين عَدْلٍ وَعَدْلٍ ومرضى ومرضى

وَلَنَا ما رَوَيْنَا من النُّصُوصِ من قَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا شَهَادَةَ لِجَارِ الْمَغْنَمِ وَلَا شَهَادَةَ لِلْمُتَّهَمِ وَأَحَدُ الزَّوْجَيْنِ بِشَهَادَتِهِ لِلزَّوْجِ الْآخَرِ يَجُرُّ الْمَغْنَمَ إلَى نَفْسِهِ لِأَنَّهُ يَنْتَفِعُ بِمَالِ صَاحِبِهِ عَادَةً فَكَانَ شَاهِدًا لِنَفْسِهِ لِمَا رَوَيْنَا من حديث الْخَصَّافِ رَحِمَهُ اللَّهُ

وَأَمَّا الْعُمُومَاتُ فَنَقُولُ بِمُوجِبِهَا لَكِنْ لم قُلْتُمْ إنَّ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ في الشَّهَادَةِ لِصَاحِبِهِ عَدْلٌ وَمَرْضِيٌّ بَلْ هو مَائِلٌ وَمُتَّهَمٌ لِمَا قُلْنَا لَا يَكُونُ شَاهِدًا فَلَا تَتَنَاوَلُهُ الْعُمُومَاتُ

وَكَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَجِيرِ له في الْحَادِثَةِ التي اسْتَأْجَرَهُ فيها لِمَا فيه من تُهْمَةِ جَرِّ النَّفْعِ إلَى نَفْسِهِ

وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ لِصَاحِبِهِ في مَالِ الشَّرِكَةِ

وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ لِرَجُلَيْنِ على الْمَيِّتِ بِدَيْنِ أَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ شَهِدَ الْمَشْهُودُ لَهُمَا لِلشَّاهِدَيْنِ على الْمَيِّتِ بِدَيْنِ أَلْفِ دِرْهَمٍ فَشَهَادَةُ الْفَرِيقَيْنِ بَاطِلَةٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ جَائِزَةٌ

وَعَلَى هذا الْخِلَافِ لو شَهِدَا أَنَّ الْمَيِّتَ أَوْصَى لَهُمَا بِالثُّلُثِ وَشَهِدَ الْمَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّ الْمَيِّتَ أَوْصَى لِلشَّاهِدَيْنِ بِالثُّلُثِ

وَلَوْ شَهِدَا أَنَّ الْمَيِّتَ غَصَبَهُمَا دَارًا أو عَبْدًا وَشَهِدَ الْمَشْهُودُ لَهُمَا لِلشَّاهِدَيْنِ بِدَيْنِ أَلْفِ دِرْهَمٍ فَشَهَادَةُ الْفَرِيقَيْنِ جَائِزَةٌ بِالْإِجْمَاعِ

لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ كُلَّ فَرِيقٍ يَشْهَدُ لِغَيْرِهِ لَا لِنَفْسِهِ فَلَا يَكُونُ مُتَّهَمًا في شَهَادَتِهِ

وَلَهُمَا أَنَّ ما يَأْخُذُهُ كُلُّ فَرِيقٍ فَالْفَرِيقُ الْآخَرُ يُشَارِكُهُ فيه فَكَانَ كُلُّ فَرِيقٍ شَاهِدًا لِنَفْسِهِ بِخِلَافِ ما إذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ الْمَشْهُودِ بِهِ لِأَنَّ ثَمَّةَ مَعْنَى الشَّرِكَةِ

لَا يَتَحَقَّقُ وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ خَصْمًا لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَصْمٍ وَلَا ظَنِينٍ وَلِأَنَّهُ إذَا كان خَصْمًا فَشَهَادَتُهُ تَقَعُ لِنَفْسِهِ فَلَا تُقْبَلُ
وَعَلَى هذا تَخْرُجُ شَهَادَةُ الْوَصِيِّ لِلْمَيِّتِ وَالْيَتِيمِ الذي في حِجْرِهِ لِأَنَّهُ خَصْمٌ فيه وَكَذَا شَهَادَةُ الْوَكِيلِ لِمُوَكِّلِهِ لِمَا قُلْنَا
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِالْمَشْهُودِ بِهِ وَقْتَ الْأَدَاءِ ذَاكِرًا له عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا ليس بِشَرْطٍ حتى إنَّهُ لو رَأَى اسْمَهُ وَخَطَّهُ وَخَاتَمَهُ في الْكِتَابِ لَكِنَّهُ لَا يَذْكُرُ الشَّهَادَةَ لَا يَحِلُّ له أَنْ يَشْهَدَ
وَلَوْ شَهِدَ وَعَلِمَ الْقَاضِي بِهِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا له أَنْ يَشْهَدَ وَلَوْ شَهِدَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ لَمَّا رَأَى اسْمَهُ وَخَطَّهُ وَخَاتَمَهُ على الصَّكِّ دَلَّ أَنَّهُ تُحْمَلُ الشَّهَادَةُ وَهِيَ مَعْلُومَةٌ في الصَّكِّ فَيَحِلُّ له أَدَاؤُهَا وإذا أَدَّاهَا تُقْبَلُ وَلِأَنَّ النِّسْيَانَ أَمْرٌ جُبِلَ عليه الْإِنْسَانُ خُصُوصًا عِنْدَ طُولِ الْمُدَّةِ بِالشَّيْءِ لِأَنَّ طُولَ الْمُدَّةِ يُنْسِي فَلَوْ شَرَطَ تَذَكُّرَ الْحَادِثَةِ لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ لَانْسَدَّ بَابُ الشَّهَادَةِ فَيُؤَدِّي إلَى تَضْيِيعِ الْحُقُوقِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْله تَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ { وَلَا تَقْفُ ما ليس لك بِهِ عِلْمٌ } وَقَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِشَاهِدٍ إذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا

(6/272)

فَدَعْ وَلَا اعْتِمَادَ على الْخَطِّ وَالْخَتْمِ لِأَنَّ الْخَطَّ يُشْبِهُ الْخَطَّ وَالْخَتْمُ يُشْبِهُ الْخَتْمَ وَيَجْرِي فيه الِاحْتِيَالُ وَالتَّزْوِيرُ مع ما أَنَّ الْخَطَّ لِلتَّذَكُّرِ فَخَطٌّ لَا يُذْكَرُ وُجُودُهُ وَعَدَمُهُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا وَجَدَ الْقَاضِي في دِيوَانِهِ شيئا لَا يَذْكُرُهُ وَدِيوَانُهُ تَحْتَ خَتْمِهِ أَنَّهُ لَا يَعْمَلُ بِهِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَعْمَلُ إذَا كان تَحْتَ خَتْمِهِ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا عُزِلَ الْقَاضِي ثُمَّ استقضي بَعْدَمَا عُزِلَ فَأَرَادَ أَنْ يَعْمَلَ بِشَيْءٍ مِمَّا يَرَى في دِيوَانِهِ الْأَوَّلِ ولم يذكر ذلك ليس له ذلك عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا له ذلك وَاَللَّهُ سبحانه وتعالى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الشَّرَائِطُ التي تَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الشَّهَادَةِ فَأَنْوَاعٌ منها لَفْظُ الشَّهَادَةِ فَلَا تُقْبَلُ بِغَيْرِهَا من الْأَلْفَاظِ كَلَفْظِ الْإِخْبَارِ وَالْإِعْلَامِ وَنَحْوِهِمَا وَإِنْ كان يُؤَدِّي مَعْنَى الشَّهَادَةِ تَعَبُّدًا غَيْرُ مَعْقُولِ الْمَعْنَى
وَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ مُوَافِقَةً لِلدَّعْوَى فِيمَا يُشْتَرَطُ فيه الدَّعْوَى فَإِنْ خَالَفَتْهَا لَا تُقْبَلُ إلَّا إذَا وَفَّقَ الْمُدَّعِي بين الدَّعْوَى وَبَيْنَ الشَّهَادَةِ عِنْدَ إمْكَانِ التَّوْفِيقِ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ إذَا خَالَفَتْ الدَّعْوَى فِيمَا يُشْتَرَطُ فيه الدَّعْوَى وَتَعَذَّرَ التَّوْفِيقُ انْفَرَدَتْ عن الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةُ الْمُنْفَرِدَةُ عن الدَّعْوَى فِيمَا يُشْتَرَطُ فيه الدَّعْوَى غَيْرُ مَقْبُولَةٍ
وَبَيَانُ ذلك في مَسَائِلَ إذَا ادَّعَى مِلْكًا بِسَبَبٍ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ لَا تُقْبَلُ وَبِمِثْلِهِ لو ادَّعَى مِلْكًا مُطْلَقًا ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على الْمِلْكِ بِسَبَبٍ تُقْبَلُ وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْمِلْكَ الْمُطْلَقَ أَعَمُّ من الْمِلْكِ بِسَبَبٍ لِأَنَّهُ يَظْهَرُ من الْأَصْلِ حتى تُسْتَحَقَّ بِهِ الزَّوَائِدُ وَالْمِلْكُ بِسَبَبٍ يَقْتَصِرُ على وَقْتِ وُجُودِ السَّبَبِ فَكَانَ الْمِلْكُ الْمُطْلَقُ أَعَمَّ فَصَارَ الْمُدَّعِي بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ على الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ مُكَذِّبًا شُهُودَهُ في بَعْضِ ما شَهِدُوا بِهِ وَالتَّوْفِيقُ مُتَعَذِّرٌ لِأَنَّ الْمِلْكَ من الْأَصْلِ يُنَافِي

الْمِلْكَ الْحَادِثَ بِسَبَبٍ لِاسْتِحَالَةِ ثُبُوتِهِمَا مَعًا في مَحِلٍّ وَاحِدٍ بِخِلَافِ ما إذَا
ادَّعَى الْمِلْكَ الْمُطْلَقَ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على الْمِلْكِ بِسَبَبٍ لِأَنَّ الْمِلْكَ بِسَبَبٍ
أَخَصُّ من الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ على ما بَيَّنَّا فَقَدْ شَهِدُوا بِأَقَلَّ مِمَّا ادَّعَى فلم يَصِرْ
الْمُدَّعِي مُكَذِّبًا شُهُودَهُ بَلْ صَدَّقَهُمْ فِيمَا شَهِدُوا بِهِ وَادَّعَى زِيَادَةَ شَيْءٍ لَا
شَهَادَةَ لهم عليه وَصَارَ كما لو ادَّعَى أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ فَشَهِدَ الشُّهُودُ على أَلْفٍ
أَنَّهُ تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ على الْأَلْفِ لِمَا قُلْنَا
كَذَا هذا
وَلَوْ ادَّعَى الْمِلْكَ بِسَبَبٍ مُعَيَّنٍ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على الْمِلْكِ بِسَبَبٍ آخَرَ بِأَنْ ادَّعَى
دَارًا في يَدِ رَجُلٍ أَنَّهُ وَرِثَهَا من أبيه ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على الْمِلْكِ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا من
صَاحِبِ الْيَدِ أو وَهَبَهَا له أو تَصَدَّقَ بها عليه وَقَبَضَ أو ادَّعَى الشِّرَاءَ أو الْهِبَةَ أو
الصَّدَقَةَ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على الْإِرْثِ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ خَالَفَتْ الدَّعْوَى
لِاخْتِلَافِ الْبَيِّنَتَيْنِ صُورَةً وَمَعْنًى
أَمَّا الصُّورَةُ فَلَا شَكَّ فيها وَأَمَّا الْمَعْنَى فَلِأَنَّ حُكْمَ الْبَيِّنَتَيْنِ يَخْتَلِفُ فَلَا يُقْبَلُ إلَّا
إذَا وَفَّقَ بين الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ فقال كنت اشْتَرَيْتُ منه لَكِنَّهُ جَحَدَنِي الشِّرَاءَ
وَعَجَزْتُ عن إثْبَاتِهِ فَاسْتَوْهَبْتُ منه فَوَهَبَ مِنِّي وَقَبَضْتُ وَأَعَادَ الْبَيِّنَةَ تُقْبَلُ لِأَنَّهُ
إذا وَفَّقَ فَقَدْ زَالَتْ الْمُخَالَفَةُ وَظَهَرَ أَنَّهُ لم يُكَذِّبْ شُهُودَهُ
وَيَصِيرُ هذا في الْحَقِيقَةِ ابْتِدَاءً وَلِهَذَا يَجِبُ عليه إعَادَةُ الْبَيِّنَةِ لِتَقَعَ الشَّهَادَةُ عِنْدِ
الدَّعْوَى
وَكَذَا إذَا وَفَّقَ فقال وَرِثْتُهُ من أبي إلَّا أَنَّهُ جَحَدَ إرْثِي فَاشْتَرَيْتُ منه أو وَهَبَ
لي فَإِنَّهَا تُقْبَلُ لِزَوَالِ التَّنَاقُضِ وَالِاخْتِلَافِ بَيْن الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ
وَلَوْ ادَّعَى الشِّرَاءَ بَعْدَ هذا وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ على الشِّرَاءِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ لَا تُقْبَلُ
لِأَنَّ الْبَدَلَ قد اخْتَلَفَ
وَاخْتِلَافُ الْبَدَلِ يُوجِبُ اخْتِلَافَ الْعَقْدِ
فَقَدْ قَامَتْ الْبَيِّنَةُ على عَقْدٍ آخَرَ غير ما ادَّعَاهُ الْمُدَّعِي فَلَا تُقْبَلُ إلَّا إذَا وَفَّقَ
المدعى فقال اشْتَرَيْتُ بِالْعَبْدِ إلَّا أَنَّهُ جَحَدَنِي الشِّرَاءَ بِهِ فَاشْتَرَيْتُهُ بَعْدَ ذلك
بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَتُقْبَلُ لِزَوَالِ الْمُخَالَفَةِ
وَهَذَا إذَا كان دَعْوَى التَّوْفِيقِ في مَجْلِسٍ آخَرَ بِأَنْ قام عن مَجْلِسِ الْحُكْمِ ثُمَّ
جاء وَادَّعَى التَّوْفِيقَ
فَأَمَّا إذَا لم يَقُمْ عن مَجْلِسِ الْحُكْمِ فَدَعْوَى التَّوْفِيقِ غَيْرُ مَسْمُوعَةٍ
وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ له ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على أَنَّهُ لِفُلَانٍ وَكَّلَهُ بِالْخُصُومَةِ فيه تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ
وَبِمِثْلِهِ لو ادَّعَى أَنَّهُ لِفُلَانٍ وَكَّلَنِي بِالْخُصُومَةِ فيه ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على أَنَّهُ له لَا
تُقْبَلُ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ قَوْلَهُ أَوَّلًا إنَّهُ لي لَا يَنْفِي قَوْلَهُ إنَّهُ لِفُلَانٍ وَكَّلَنِي بِالْخُصُومَةِ فيه
لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ له بِحَقِّ الْخُصُومَةِ وَالْمُطَالَبَةِ وَلِغَيْرِهِ بِحَقِّ الْمِلْكِ فَكَانَ
التَّوْفِيقُ مُمْكِنًا فَقُبِلَتْ الْبَيِّنَةُ بِخِلَافِ الْفَصْلِ الثَّانِي لِأَنَّ قَوْلَهُ هو لِفُلَانٍ وَكَّلَنِي
بِالْخُصُومَةِ فيه يَنْفِي قَوْلَهُ بَعْدَ ذلك هو لي لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِأَنَّ الْمِلْكَ فيه لِفُلَانٍ وَأَنَّهُ
وَكِيلٌ بِالْخُصُومَةِ فيه بِقَوْلِهِ إنَّهُ لِفُلَانٍ وَكَّلَنِي بِالْخُصُومَةِ فيه فَكَانَ قَوْلُهُ بَعْدَ
ذلك هو لي إقْرَارًا منه بِالْمِلْكِ لِنَفْسِهِ فَكَانَ مُنَاقِضًا فَلَا تُقْبَلُ
وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ لِفُلَانٍ وَكَّلَنِي بِالْخُصُومَةِ فيه ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على أَنَّهُ لِفُلَانٍ آخَرَ
وَكَّلَنِي بِالْخُصُومَةِ فيه لَا تُقْبَلُ لِأَنَّ قَوْلَهُ أَوَّلًا إنَّهُ لِفُلَانٍ

وَكَّلَنِي بِالْخُصُومَةِ فيه كما يَنْفِي قَوْلَهُ إنَّهُ لي يَنْفِي قَوْلَهُ إنَّهُ لِفُلَانٍ آخَرَ وَكَّلَنِي بِالْخُصُومَةِ فيه فَلَا تُقْبَلُ إلَّا إذَا وَفَّقَ فقال إنَّ الْمُوَكِّلَ الْأَوَّلَ بَاعَ من الْمُوَكِّلِ الثَّانِي ثُمَّ وَكَّلَنِي الثَّانِي بِالْخُصُومَةِ فَيُقْبَلُ لِزَوَالِ الْمُنَاقَضَةِ
وَلَوْ ادَّعَى في ذِي الْقَعْدَةِ أَنَّهُ اشْتَرَى منه هذه الدَّارَ في شَهْرِ رَمَضَانَ بِأَلْفٍ وَنَقَدَهُ الثَّمَنَ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على أَنَّهُ تَصَدَّقَ بِالدَّارِ على الْمُدَّعِي في شَعْبَانَ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّ دَعْوَى التَّصَدُّقِ في شَعْبَانَ تُنَافِي الشِّرَاءَ في شَهْرِ رَمَضَانَ لِاسْتِحَالَةِ شِرَاءِ الْإِنْسَانِ مِلْكَ نَفْسِهِ وَالتَّوْفِيقُ غَيْرُ مُمْكِنٍ فَلَا تُقْبَلُ
وَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على التَّصَدُّقِ في شَوَّالٍ وَوَفَّقَ فقال جَحَدَنِي الشِّرَاءَ ثُمَّ تَصَدَّقَ بها عَلَيَّ تُقْبَلُ
وَلَوْ ادَّعَى دَارًا في يَدَيْ رَجُلٍ أنها له وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ على أنها كانت في يَدِ الْمُدَّعِي بِالْأَمْسِ لَا تُقْبَلُ
وَعَنْ أبي يُوسُفَ أنها تُقْبَلُ وَيُؤْمَرُ بِالرَّدِّ إلَيْهِ وَلَوْ أَقَامَ صَاحِبُ الْيَدِ الْبَيِّنَةَ على أنها كانت مِلْكًا لِلْمُدَّعِي تُقْبَلُ بِالْإِجْمَاعِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْبَيِّنَةَ لَمَّا قَامَتْ على أنها ما كانت في يَدِهِ فَالْأَصْلُ في الثَّابِتِ بَقَاؤُهُ وَلِهَذَا قُبِلَت الْبَيِّنَةُ على مِلْكٍ كان وَلِأَنَّ الثَّابِتَ بِالْبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ بِالْمُعَايَنَةِ وَلَوْ ثَبَتَ بِالْمُعَايَنَةِ أو بِالْإِقْرَارِ أَنَّهُ كان في يَدِهِ بِالْأَمْسِ يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ إلَيْهِ
كَذَا هذا
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الشَّهَادَةَ قَامَتْ على يَدٍ كانت فَلَا يَثْبُتُ الْكَوْنُ لِلْحَالِ إلَّا بِحُكْمِ اسْتِصْحَابِ الْحَالِ وإنه لَا يَصْلُحُ لِلْإِلْزَامِ وَلِأَنَّ الْيَدَ قد تَكُونُ مُحِقَّةً وقد تَكُونُ مُبْطِلَةً وقد تَكُونُ يَدَ مِلْكٍ وقد تَكُونُ يَدَ أَمَانَةٍ فَكَانَتْ مُحْتَمَلَةً وَالْمُحْتَمَلُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً بِخِلَافِ الْمِلْكِ وَالْمُعَايَنَةِ وَبِخِلَافِ الْإِقْرَارِ لِأَنَّهُ حُجَّةٌ بِنَفْسِهِ وَالْبَيِّنَةُ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ بِنَفْسِهَا بَلْ بِقَضَاءِ الْقَاضِي وَلَا وَجْهَ لِلْقَضَاءِ بِالْمُحْتَمَلِ وَلَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أنها كانت في يَدِهِ بِالْأَمْسِ فَأَخَذَهَا هذا منه أو غَصَبَهَا أو أَوْدَعَهُ أو أَعَارَهُ تُقْبَلُ ويقضى لِلْخَارِجِ لِأَنَّهُ عَلِمَ بِالْبَيِّنَةِ أَنَّهُ تلقي الْيَدَ من جِهَةِ الْخَارِجِ فَيُؤْمَرُ بِالرَّدِّ إلَيْهِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا ادَّعَى دَارًا في يَدِ رَجُلٍ أَنَّهُ وَرِثَهَا من أبيه وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ على أنها كانت لِأَبِيهِ فَنَقُولُ هذا لَا يَخْلُو من أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ إمَّا أَنْ شَهِدُوا أَنَّ الدَّارَ كانت لِأَبِيهِ ولم يَقُولُوا مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا له وَإِمَّا أَنْ قالوا أنها كانت لِأَبِيهِ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا له وَإِمَّا أَنْ قالوا أنها كانت في يَدِ أبيه يوم الْمَوْتِ وَإِمَّا أَنْ أَثْبَتُوا من أبيه فِعْلًا فيها عِنْدَ مَوْتِهِ
أَمَّا الْوَجْهُ الْأَوَّلُ فَعَلَى قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ وَعَلَى قَوْلِ أبي يُوسُفَ تُقْبَلُ
وَكَذَا لو شَهِدُوا أنها كانت لِأَبِيهِ مَاتَ قَبْلَهَا لَا تُقْبَلُ
قالوا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ هذا على قَوْلِهِمَا أَمَّا على قَوْلِ أبي يُوسُفَ على ما رُوِيَ عنه في الْأَمَالِي يَنْبَغِي أَنْ تُقْبَلَ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْمِلْكَ مَتَى ثَبَتَ لِأَبِيهِ بِشَهَادَتِهِمْ فَالْأَصْلُ فِيمَا ثَبَتَ يَبْقَى إلَى أَنْ يُوجَدَ الْمُزِيلُ فَصَارَ كما لو شَهِدُوا أنها كانت لِأَبِيهِ يوم الْمَوْتِ أَيْضًا
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الشَّهَادَةَ خَالَفَتْ الدَّعْوَى لِأَنَّ الْمُدَّعِي ادَّعَى مِلْكًا كَائِنًا وَالشَّهَادَةُ وَقَعَتْ بِمِلْكٍ كان لَا بِمِلْكٍ كَائِنٍ فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ مُخَالِفَةً لِلدَّعْوَى فَلَا يُقْبَلُ
قَوْلُهُ ما ثَبَتَ يَبْقَى

قُلْنَا نعم لَكِنْ لَا حكم (((حكما))) لِدَلِيلِ الثُّبُوتِ لِأَنَّ دَلِيلَ الثُّبُوتِ لَا يَتَعَرَّضُ لِلْبَقَاءِ وَإِنَّمَا الْبَقَاءُ بِحُكْمِ اسْتِصْحَابِ الْحَالِ وأنه لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلِاسْتِحْقَاقِ
وَلَوْ شَهِدُوا أنها كانت لِجَدِّهِ فَعِنْدَهُمَا لَا يَقْضِي بها ما لم يَشْهَدُوا بِالْمِيرَاثِ بِأَنْ يَقُولُوا مَاتَ جَدُّهُ وَتَرَكَهَا لِأَبِيهِ ثُمَّ مَاتَ أَبُوهُ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا له
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَنْظُرُ إنْ عَلِمَ أَنَّ الْجَدَّ مَاتَ قبل الْأَبِ يقضى بها له وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ الْأَبَ مَاتَ قبل الْجَدِّ أو لم يَعْلَمْ لم يَقْضِ بها
وَلَوْ شَهِدُوا أنها لِأَبِيهِ لَا يقضى بها له منهم من قال هذا على الِاتِّفَاقِ وَمِنْهُمْ من قال هو على الْخِلَافِ الذي ذكرنا (((ذكرناه))) وهو الصَّحِيحُ فإنه رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أنها تُقْبَلُ
وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّانِي وهو ما إذَا شَهِدُوا أنها كانت لِأَبِيهِ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا له فَلَا شَكَّ أَنَّ هذه الشَّهَادَةَ مَقْبُولَةٌ لِأَنَّهُمْ شَهِدُوا بِالْمِلْكِ الْمَوْرُوثِ عِنْدَ الْمَوْتِ وَالتَّرْكِ مِيرَاثًا له وهو تَفْسِيرُ الْمِلْكِ الْمَوْرُوثِ
وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّالِثُ وهو ما إذَا شَهِدُوا أنها كانت في يَدِهِ يوم الْمَوْتِ فَالشَّهَادَةُ مَقْبُولَةٌ لِأَنَّ مُطْلَقَ الْيَدِ من الْأَصْلِ يُحْمَلُ على يَدِ الْمَالِكِ فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ بِيَدٍ قَائِمَةٍ عِنْدَ الْمَوْتِ شَهَادَةً بِمِلْكٍ قَائِمٍ عِنْدَ الْمَوْتِ فإذا مَاتَ فَقَدْ تَرَكَ فَثَبَتَ الْمِلْكُ له في الْمَتْرُوكِ إذْ هو تَفْسِيرُ الْمِلْكِ الْمَوْرُوثِ وَلِأَنَّ يَدَهُ إنْ كانت يَدَ مِلْكٍ كان الْمِلْكُ ثَابِتًا لِلْمُوَرِّثِ عِنْدَ الْمَوْتِ وَإِنْ كانت يَدَ أَمَانَةٍ انْتَقَلَتْ يَدَ مِلْكٍ إذَا مَاتَ مُجَهِّلًا لِأَنَّ التَّجْهِيلَ عِنْدَ الْمَوْتِ سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ وَوُجُوبُ الضَّمَانِ سَبَبٌ لِثُبُوتِ الْمِلْكِ في الْمَضْمُونِ عِنْدَنَا
وَأَمَّا الْوَجْهُ الرَّابِعُ وهو ما إذَا ثَبَتَ لِيَدِ الْمَشْهُودِ من الْأَبِ فِعْلًا في الْعَيْنِ عِنْدَ الْمَوْتِ فَهَذَا على وَجْهَيْنِ إمَّا أَنْ يَكُونَ ذلك فِعْلًا هو دَلِيلُ الْيَدِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ فِعْلًا ليس هو دَلِيلُ الْيَدِ وَالْفِعْلُ

الذي هو دَلِيلُ الْيَدِ هو فِعْلٌ لَا يُتَصَوَّرُ وُجُودُهُ بِدُونِ النَّقْلِ في النَّقْلِيَّاتِ كَاللُّبْسِ وَالْحَمْلِ أو فِعْلٌ يُوجَدُ لِلنَّقْلِ عَادَةً كَالرُّكُوبِ في الدَّوَابِّ أو فِعْلًا يُوجَدُ في الْغَالِبِ من الْمُلَّاكِ فِيمَا لَا يَقْبَلُ النَّقْلَ لَا من غَيْرِهِمْ كَالسُّكْنَى في الدُّورِ
وَالْفِعْلُ الذي ليس بِدَلِيلِ الْيَدِ هو فِعْلٌ ثَبَتَ في النَّقْلِيَّاتِ من غَيْرِ نَقْلٍ وَلَا يَكُونُ حُصُولُهُ لِلنَّقْلِ عَادَةً كَالْجُلُوسِ على الْبِسَاطِ أو فِعْلٌ ليس بِفِعْلٍ لِلْمُلَّاكِ غَالِبًا فِيمَا لَا يَقْبَلُ كَالنَّوْمِ وَالْجُلُوسِ في الدَّارِ وَأَشْبَاهِ ذلك فَإِنْ كان فِعْلًا هو دَلِيلُ الْيَدِ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ الْقَائِمَةُ على ثُبُوتِهِ عِنْدَ مَوْتِ الْأَبِ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ الْقَائِمَةَ على ما هو دَلِيلُ الْيَدِ عِنْدَ الْمَوْتِ قَائِمَةٌ على الْيَدِ عِنْدَ الْمَوْتِ وَإِنْ كان فِعْلًا ليس بِدَلِيلٍ لَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ دَلِيلُ الْيَدِ التي هِيَ دَلَالَةُ الْمِلْكِ وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا أَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ في هذه الدَّارِ إنها لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ لم تُوجَدْ الشَّهَادَةُ على الْيَدِ الدَّالَّةِ على الْمِلْكِ وَلَا على فِعْلٍ دَالٍّ على الْيَدِ وَلَا على فِعْلٍ هو فِعْلُ الْمُلَّاكِ غَالِبًا لِأَنَّ الدَّارَ قد يَمُوتُ فيها الْمَالِكُ وقد يَمُوتُ فيها غَيْرُ الْمَالِكِ من الزُّوَّارِ وَالضَّيْفِ وَنَحْوِهِ
وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّهُ مَاتَ وهو لَابِسٌ هذا الْقَمِيصَ أو لَابِسٌ هذا الْخَاتَمَ تُقْبَلُ لِأَنَّ لُبْسَ الْقَمِيصِ وَالْخَاتَمِ فِعْلٌ لَا يُتَصَوَّرُ بِدُونِ النَّقْلِ فَكَانَ دَلِيلًا على الْيَدِ عِنْدَ

الْمَوْتِ
أَطْلَقَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْجَامِعِ الْجَوَابَ في الْخَاتَمِ وَمِنْهُمْ من حَمَلَ جَوَابَ الْكِتَابِ على ما إذَا كان الْخَاتَمُ في خِنْصَرِهِ أو بِنْصِرِهِ يوم الْمَوْتِ وَزَعَمَ أَنَّهُ إذَا كان فِيمَا سِوَاهُمَا من الْأَصَابِعِ لَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ لِأَنَّ اسْتِعْمَالَ الْمُلَّاكِ في الْخَاتَمِ هذا عَادَةً فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ الْقَائِمَةُ عليه قَائِمَةً على الْيَدِ
فَأَمَّا جَعْلُهُ فِيمَا سِوَاهُمَا من الْأَصَابِعِ من الْمُلَّاكِ فَهُوَ ليس بِمُعْتَادٍ فَلَا يَكُونُ ذلك اسْتِعْمَالَ الْخَاتَمِ فَلَا يَكُونُ دَلِيلَ الْيَدِ
وَلِهَذَا قالوا لو جَعَلَ الْمُودِعُ الْخَاتَمَ في خِنْصَرِهِ أو بِنْصِرِهِ فَضَاعَ من يَدِهِ يُضْمَنُ لِمَا أَنَّهُ اسْتَعْمَلَهُ
وَلَوْ جَعَلَهُ فِيمَا سِوَاهُمَا من الْأَصَابِعِ فَضَاعَ لَا يَضْمَنُ لِمَا أَنَّ ذلك حِفْظٌ وَلَيْسَ بِاسْتِعْمَالٍ وَالصَّحِيحُ إطْلَاقُ جَوَابِ الْكِتَابِ لِأَنَّ فِعْلَهُ كَيْفَ ما كان لَا يُتَصَوَّرُ بِدُونِ النَّقْلِ فَكَانَ دَلِيلًا على الْيَدِ
وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّهُ مَاتَ وهو جَالِسٌ على هذا الْبِسَاطِ أو على هذا الْفِرَاشِ أو نَائِمٌ عليه لَا تُقْبَلُ لِأَنَّ هذه الْأَفْعَالَ تُتَصَوَّرُ من غَيْرِ نَقْلٍ وَلَا تُفْعَلُ لِلنَّقْلِ عَادَةً فلم يَكُنْ دَلِيلَ الْيَدِ
فَإِنْ قِيلَ أَلَيْسَ أَنَّهُ لو تَنَازَعَ اثْنَانِ في بِسَاطٍ أَحَدُهُمَا جَالِسٌ عليه وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ أَنَّهُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَهَذَا دَلِيلُ ثُبُوتِ يَدَيْهِمَا عليه
قِيلَ له إنَّمَا قضي بِهِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِدَعْوَاهُمَا أَنَّهُ في يَدَيْهِمَا لَا لِثُبُوتِ الْيَدِ لِأَنَّ الْجُلُوسَ عليه وَالتَّعَلُّقَ بِهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِ النَّقْلِ وَلَا يوجدان النَّقْلَ غَالِبًا على ما بَيَّنَّا فَلَا يَكُونُ دَلِيلَ الْيَدِ
وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّهُ مَاتَ وهو رَاكِبٌ على هذه الدَّابَّةِ تُقْبَلُ ويقضى بِالدَّابَّةِ لِلْوَارِثِ لِأَنَّ الرُّكُوبَ وَإِنْ كان يَتَهَيَّأُ بِدُونِ نَقْلِ الدَّابَّةِ إلَّا أَنَّهُ لَا يُفْعَلُ عَادَةً إلَّا لِلنَّقْلِ فَكَانَ دَلِيلَ الْيَدِ
وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّهُ مَاتَ وهو سَاكِنٌ هذه الدَّارَ تُقْبَلُ ويقضى لِلْوَارِثِ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ وَلَا يَقْضِي
وَوَجْهُهُ أَنَّ فِعْلَ السُّكْنَى في الدَّارِ كما يُوجَدُ من الْمُلَّاكِ يُوجَدُ من غَيْرِهِمْ فَلَا يَصْلُحُ دَلِيلًا على الْيَدِ وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ السُّكْنَى فِعْلٌ يُوجَدُ في الْغَالِبِ من الْمُلَّاكِ لَا من غَيْرِهِمْ
هذا هو الْمُعْتَادُ فِيمَا بين الناس فَيُحْمَلُ الْمُطْلَقُ عليه
وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّهُ مَاتَ وَهَذَا الثَّوْبُ مَوْضُوعٌ على رَأْسِهِ ولم يَشْهَدُوا أَنَّهُ كان حَامِلًا له لَا تُقْبَلُ وَلَا يَسْتَحِقُّ الْمُدَّعِي بهذا شيئا لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ وَضَعَهُ بِنَفْسِهِ أو وَضَعَهُ غَيْرُهُ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ وَقَعَ عليه من غَيْرِ صُنْعِ أَحَدٍ بِأَنْ هَبَّتْ رِيحٌ بِهِ فَأَلْقَتْهُ على رَأْسِهِ فَوَقَعَ الشَّكُّ في النَّقْلِ منه فَلَا يَثْبُتُ النَّقْلُ منه بِالشَّكِّ فَلَا تَثْبُتُ الْيَدُ بِالشَّكِّ
ثُمَّ نَقُولُ إذَا شَهِدَ الشُّهُودُ أنها كانت لِأَبِيهِ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لِلْوَرَثَةِ فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ قالوا هذا وَارِثُهُ لَا وَارِثَ له غَيْرُهُ وأما أَنْ قالوا هو وَارِثُهُ لَا نَعْلَمُ أَنَّ له وَارِثًا غَيْرَهُ
وَإِمَّا أَنْ قالوا هو وَارِثُهُ ولم يَقُولُوا
لَا وَارِثَ له غَيْرُهُ وَلَا قالوا لَا نَعْلَمُ له وَارِثًا غَيْرَهُ
فَأَمَّا الْوَجْهُ الْأَوَّلُ وهو ما إذَا قالوا هو وَارِثُهُ لَا وَارِثَ له غَيْرُهُ فإنه تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تُقْبَلَ لِأَنَّهَا كَشَهَادَةٍ على ما لَا عِلْمَ لِلشَّاهِدِ بِهِ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ له وَارِثٌ لَا يَعْلَمُهُ وقد قال عليه الصلاة (((السلام))) والسلام لِلشَّاهِدِ إذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ قَوْلَهُمْ لَا وَارِثَ له غَيْرُهُ مَعْنَاهُ في مُتَعَارَفِ الناس

وَعَادَاتِهِمْ لَا نَعْلَمُ له وَارِثًا غَيْرَهُ أو لَا وَارِثَ له غَيْرُهُ في عِلْمِنَا
وَلَوْ نَصَّ على ذلك لَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ فَكَذَا هذا
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّانِي وهو ما إذَا قالوا هو وَارِثُهُ لَا نَعْلَمُ له وَارِثًا غَيْرَهُ

(6/275)

تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
وقال ابن أبي لَيْلَى رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تُقْبَلُ حتى يَقُولُوا لَا وَارِثَ له غَيْرُهُ لِأَنَّهُمْ لو لم يَقُولُوا لَا وَارِثَ له غَيْرُهُ اُحْتُمِلَ أَنْ يَكُونَ له وَارِثٌ غَيْرُهُ لَا يَعْلَمُونَهُ
وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْعَامَّةِ لِأَنَّ الشَّاهِدَ إنَّمَا تَحِلُّ له الشَّهَادَةُ بِمَا في عِلْمِهِ وَنَفْيُ وَارِثٍ آخَرَ ليس في عِلْمِهِ فَلَا تَحِلُّ له الشَّهَادَةُ بِهِ إلَّا على اعْتِبَارِ ما في عِلْمِهِ على ما ذَكَرْنَا
وَلَوْ قالوا لَا نَعْلَمُ له وَارِثًا غَيْرَهُ في هذا الْمِصْرِ أو في أَرْضِ كَذَا تُقْبَلُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا تُقْبَلُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ قَوْلَهُمْ لَا نَعْلَمُ له وَارِثًا غَيْرَهُ في هذا الْمِصْرِ لَا يَنْفِي وَارِثًا غَيْرَهُ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ له وَارِثٌ آخَرُ في مِصْرٍ آخَرَ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لو كان له وَارِثٌ آخَرُ في مَوْضِعٍ آخَرَ لَعَلِمُوهُ لِأَنَّ وَارِثَ الْإِنْسَانِ لَا يَخْفَى على أَهْلِ بَلَدِهِ عَادَةً فَكَانَ التَّخْصِيصُ وَالتَّعْمِيمُ فيه سَوَاءً
ثُمَّ إذَا شَهِدُوا أَنَّهُ وَارِثُهُ لَا وَارِثَ له غَيْرُهُ أو شَهِدُوا أَنَّهُ وَارِثُهُ لَا نَعْلَمُ له وَارِثًا غَيْرَهُ أو لَا نَعْلَمُ له وَارِثًا غَيْرَهُ في هذا الْمِصْرِ على مَذْهَبِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه فإنه يَدْفَعُ كُلَّ التَّرِكَةِ إلَيْهِ سَوَاءٌ كان الْوَارِثُ مِمَّنْ لَا يَحْتَمِلُ الْحَجْبَ كَالِابْنِ وَالْأَبِ وَالْأُمِّ وَنَحْوِهِمْ
أو يَحْتَمِلُهُ كَالْأَخِ وَالْأُخْتِ وَالْجَدِّ وَنَحْوِهِمْ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ وَارِثًا له فَيُدْفَعُ إلَيْهِ جَمِيعَ الْمِيرَاثِ
إلَّا إذَا كان زَوْجًا أو زَوْجَةً فَلَا يُعْطَى إلَّا أَكْثَرَ نَصِيبِهِ فَلَا يُعْطَى الزَّوْجُ إلَّا النِّصْفُ وَلَا تُعْطَى الْمَرْأَةُ إلَّا الرُّبُعُ لِأَنَّهُمَا لَا يَسْتَحِقَّانِ من الْمِيرَاثِ أَكْثَرَ من ذلك لِأَنَّهُ لَا يُرَدُّ عَلَيْهِمَا
وفي هَذَيْنِ الْمَوْضِعَيْنِ لَا يُؤْخَذُ من الْوَارِثِ كَفِيلٌ بِالْإِجْمَاعِ
وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّالِثُ وهو ما إذَا شَهِدُوا أَنَّهُ وَارِثُهُ ولم يَقُولُوا لَا وَارِثَ له غَيْرُهُ وَلَا قالوا لَا نَعْلَمُ له وَارِثًا غَيْرَهُ فإنه يُنْظَرُ إنْ كان مِمَّنْ يَحْتَمِلُ الْحَجْبَ لَا يُدْفَعُ إلَيْهِ شَيْءٌ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ ثَمَّةَ حَاجِبٌ فَإِنْ كان لَا يُعْطَى وَإِنْ لم يَكُنْ يُعْطَى بِالشَّكِّ وَإِنْ كان مِمَّنْ لَا يَحْتَمِلُ الْحَجْبَ يُدْفَعُ إلَيْهِ جَمِيعُ الْمَالِ إلَّا الزَّوْجَ وَالزَّوْجَةَ فإنه لَا يُدْفَعُ إلَيْهِمَا إلَّا نَصِيبُهُمَا وهو أَكْثَرُ النَّصِيبَيْنِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلْمَرْأَةِ الرُّبُعُ
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَقَلُّ النَّصِيبَيْنِ لِلزَّوْجِ الرُّبُعُ والمرأة (((وللمرأة))) الثُّمْنُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عنه
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ النُّقْصَانَ عن أَكْثَرِ النَّصِيبَيْنِ بِاعْتِبَارِ الْمُزَاحَمَةِ وفي وُجُودِ الْمُزَاحِمِ شَكٌّ فَلَا يَثْبُتُ النُّقْصَانُ بِالشَّكِّ
وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْأَقَلَّ ثَابِتٌ بِيَقِينٍ وفي الزِّيَادَةِ شَكٌّ فَلَا تَثْبُتُ الزِّيَادَةُ بِالشَّكِّ

وَرُوِيَ عنه رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّ لِلزَّوْجِ الرُّبُعَ وَلِلْمَرْأَةِ رُبُعُ الثُّمْنِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ له أَرْبَعُ نِسْوَةٍ فَيَكُونُ لها رُبُعُ الثُّمْنِ لِأَنَّهُ ثَابِتٌ بِيَقِينٍ وفي الزِّيَادَةِ شَكٌّ
وَرَوَى عنه أَصْحَابُ الْإِمْلَاءِ وَلِلزَّوْجِ الْخُمُسُ وَلِلْمَرْأَةِ رُبُعُ التُّسْعِ
أَمَّا الزَّوْجُ فَلِأَنَّ من الْجَائِزِ أَنْ يَكُونَ لِلْمَرْأَةِ أَبَوَانِ وَبِنْتَانِ وَزَوْجٌ
أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ من اثْنَيْ عَشَرَ لِلْأَبَوَيْنِ السُّدُسَانِ أَرْبَعَةٌ وَلِلْبِنْتَيْنِ الثُّلُثَانِ ثَمَانِيَةٌ وَلِلزَّوْجِ الرُّبُعُ ثَلَاثَةٌ فَعَالَتْ بِثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ فَصَارَتْ الْفَرِيضَةُ من خَمْسَةَ عَشَرَ وَثَلَاثَةٌ من خَمْسَةَ عَشَرَ خُمُسُهَا فَذَلِكَ لِلزَّوْجِ
وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَلِأَنَّ من الْجَائِزِ أَنْ يَكُونَ لِلْمَيِّتِ أَبَوَانِ وَبِنْتَانِ وَزَوْجَةٌ أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ من أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ لِلْأَبَوَيْنِ السُّدُسَانِ ثَمَانِيَةٌ وَلِلْبِنْتَيْنِ الثُّلُثَانِ سِتَّةَ عَشَرَ وَلِلزَّوْجَةِ الثُّمُنُ ثَلَاثَةٌ فَعَالَتْ بِثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ فَصَارَتْ الْفَرِيضَةُ سَبْعَةً وَعِشْرِينَ وَثَلَاثَةٌ من سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ تُسْعُهَا ثُمَّ من الْجَائِزِ أَنْ يَكُونَ مَعَهَا ثَلَاثَةٌ أُخْرَى فَيَكُنَّ أَرْبَعَ زَوْجَاتٍ فَيَكُونُ لها رُبُعُ التُّسْعِ وَثَلَاثَةٌ على أَرْبَعَةٍ لَا تَسْتَقِيمُ فَتُضْرَبُ أَرْبَعَةٌ في تِسْعَةٍ وَيَكُونُ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ سَهْمًا تُسْعُهَا أَرْبَعَةٌ فَلَهَا من ذلك سَهْمٌ وهو رُبُعُ التُّسْعِ وهو سَهْمٌ من سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ سَهْمًا
ثُمَّ في هذا الْوَجْهِ الثَّالِثِ إذَا كان الْوَارِثُ مِمَّنْ لَا يَحْتَمِلُ الْحَجْبَ وَدُفِعَ الْمَالُ إلَيْهِ هل يُؤْخَذُ منه كَفِيلٌ
قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ لَا يُؤْخَذُ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يُؤْخَذُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ أَخْذَ الْكَفِيلِ لِصِيَانَةِ الْحَقِّ وَالْحَاجَةُ مَسَّتْ إلَى الصِّيَانَةِ لِاحْتِمَالِ ظُهُورِ وَارِثٍ آخَرَ فَيُؤْخَذُ الْكَفِيلُ نَظَرًا لِلْوَارِثِ كما في رَدِّ الْآبِقِ وَاللُّقَطَةِ إلَى صَاحِبِهَا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أن حَقَّ الْحَاضِرِ لِلْحَالِ ثَابِتٌ بِيَقِينٍ وفي ثُبُوتِ الْحَقِّ لِوَارِثٍ آخَرَ شَكٌّ لِأَنَّهُ قد يَظْهَرُ وَارِثٌ آخَرُ وقد لَا يَظْهَرُ فَلَا يَجُوزُ تَعْطِيلُ الْحَقِّ الثَّابِتِ بِيَقِينٍ لِحَقٍّ مَشْكُوكٍ فيه مع ما أَنَّ الْمَكْفُولَ له مَجْهُولٌ وَالْكَفَالَةُ لِلْمَجْهُولِ غَيْرُ صَحِيحَةٍ
وَإِنَّمَا أَخَذَ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِ الْآبِقِ وَاللُّقَطَةِ فَقَدْ قِيلَ إنَّهُ قَوْلُهُمَا لِمَا أَنَّ في الْمَسْأَلَةِ روايتان (((روايتين))) فَأَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَا يُؤْخَذُ الْكَفِيلُ على أَنَّا سَلَّمْنَا فَتِلْكَ كَفَالَةٌ لِمَعْلُومٍ لَا لِمَجْهُولٍ لِأَنَّ الرَّادَّ إنَّمَا يَأْخُذُ الْكَفِيلَ لِنَفْسِهِ كيلا يَلْزَمَهُ الضَّمَانُ فلم تَكُنْ كَفَالَةً لِمَجْهُولٍ
وَذَكَرَ أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ هذه الْمَسْأَلَةَ في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ

وقال هذا شَيْءٌ احْتَاطَ بِهِ بَعْضُ الْقُضَاةِ وهو ظُلْمٌ أَرَأَيْتَ لو لم يَجِدْ كَفِيلًا كنت أَمْنَعُهُ حَقَّهُ
دَلَّتْ تَسْمِيَتُهُ أَخْذَ الْكَفِيلِ ظُلْمًا على أَنَّ مَذْهَبَهُ أَنَّ ليس كُلُّ مُجْتَهِدٍ مُصِيبًا إذْ الصَّوَابُ لَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ظُلْمًا فَدَلَّتْ الْمَسْأَلَةُ على بَرَاءَةِ سَاحَتِهِ عن لَوْثِ الِاعْتِزَالِ بِحَمْدِ اللَّهِ وَمَنِّهِ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَشْهُودِ بِهِ فَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ الشَّهَادَةُ بِمَعْلُومٍ فَإِنْ كانت بِمَجْهُولٍ لم تُقْبَلْ لِأَنَّ عِلْمَ الْقَاضِي بِالْمَشْهُودِ بِهِ شَرْطُ صِحَّةِ قَضَائِهِ فما لم يَعْلَمْ لَا يُمْكِنُهُ الْقَضَاءُ بِهِ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عن الْقَاضِي أَنَّ فُلَانًا وَارِثُ هذا الْمَيِّتِ لَا وَارِثَ له غَيْرُهُ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا لِأَنَّهُمَا شَهِدَا بِمَجْهُولٍ لِجَهَالَةِ الْوَارِثِ أَسْبَابَ الْوِرَاثَةِ وَاخْتِلَافَ أَحْكَامِهَا فَلَا بُدَّ أَنْ يَقُولُوا ابْنُهُ وَوَارِثُهُ لَا يَعْلَمُونَ له وَارِثًا غَيْرَهُ أو أَخُوهُ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ لَا يَعْلَمُونَ له وَارِثًا غَيْرَهُ وَقَوْلُهُ لَا يَعْلَمُونَ له وَارِثًا غَيْرَهُ لِئَلَّا يَتَلَوَّمَ الْقَاضِي لَا لِأَنَّهُ من الشَّهَادَةِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لِجِنْسِ هذه الْمَسَائِلِ بابا (((باب))) في الزِّيَادَاتِ يُعْرَفُ ثَمَّةَ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَشْهُودُ بِهِ مَعْلُومًا لِلشَّاهِدِ عِنْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ حتى لو ظَنَّ لَا تَحِلُّ له الشَّهَادَةُ وَإِنْ رَأَى خَطَّهُ وَخَتْمَهُ وَأَخْبَرَهُ الناس بِمَا يَتَذَكَّرُ بِنَفْسِهِ وَهَذَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَهُمَا إنْ رَأَى خَطَّهُ وَخَتْمَهُ له أَنْ يَشْهَدَ نحو ما تَقَدَّمَ من الْخِلَافِ وَالْحُجَجِ من الْجَانِبَيْنِ

وَأَمَّا الذي يَخُصُّ الْمَكَانَ فَوَاحِدٌ وهو مَجْلِسُ الْقَاضِي لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَا تَصِيرُ حُجَّةً مُلْزِمَةً إلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي فَتَخْتَصُّ بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا الشَّرَائِطُ التي تَخُصُّ بَعْضَ الشَّهَادَاتِ دُونَ الْبَعْضِ فَأَنْوَاعٌ أَيْضًا منها الدَّعْوَى في الشَّهَادَةِ الْقَائِمَةِ على حُقُوقِ الْعِبَادِ من الْمُدَّعِي بِنَفْسِهِ أو نَائِبِهِ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ في هذا الْبَابِ شُرِعَتْ لِتَحْقِيقِ قَوْلِ الْمُدَّعِي وَلَا يَتَحَقَّقُ قَوْلُهُ إلَّا بِدَعْوَاهُ إمَّا بِنَفْسِهِ وَإِمَّا بِنَائِبِهِ

وَأَمَّا حُقُوقُ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فَلَا يُشْتَرَطُ فيها الدَّعْوَى كَأَسْبَابِ الْحُرُمَاتِ من الطَّلَاقِ وَغَيْرِهِ وَأَسْبَابُ الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ حقا (((حق))) لِلَّهِ تَعَالَى إلَّا أَنَّهُ شُرِطَتْ الدَّعْوَى في بَابِ السَّرِقَةِ لِأَنَّ كَوْنَ الْمَسْرُوقِ مِلْكًا لِغَيْرِ السَّارِقِ شَرْطُ تَحَقُّقِ كَوْنِ الْفِعْلِ سَرِقَةً شَرْعًا وَلَا يَظْهَرُ ذلك إلَّا بِالدَّعْوَى فَشُرِطَتْ الدَّعْوَى لِهَذَا

وَاخْتُلِفَ في عِتْقِ الْعَبْدِ أَنَّهُ حَقٌّ لِلْعَبْدِ فَتُشْتَرَطُ فيه الدَّعْوَى أو حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا تُشْتَرَطُ فيه الدَّعْوَى مع الِاتِّفَاقِ على أَنَّ عِتْقَ الْأَمَةِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى لِمَا عُلِمَ من الْخِلَافِ في كِتَابِ الْعَتَاقِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَمِنْهَا الْعَدَدُ في الشَّهَادَةِ بِمَا يَطَّلِعُ عليه الرِّجَالُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ من رِجَالِكُمْ فَإِنْ لم يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ }

وَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { ثُمَّ لم يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ } وَلِأَنَّ الْوَاجِبَ على الشَّاهِدِ إقَامَةُ الشَّهَادَةِ لِلَّهِ عز وجل

الْآيَةُ

وهو قَوْله تَعَالَى { وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ } تعالى وقَوْله تَعَالَى { كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ } وَلَا تَقَعُ الشَّهَادَةُ لِلَّهِ إلَّا وَأَنْ تَكُونَ خَالِصَةً صَافِيَةً عن جَرِّ النَّفْعِ

وَمَعْلُومٌ أَنَّ في الشَّهَادَةِ مَنْفَعَةً لِلشَّاهِدِ من حَيْثُ التَّصْدِيقُ لِأَنَّ من صَدَقَ قَوْلُهُ يَتَلَذَّذُ بِهِ فَلَوْ قُبِلَ قَوْلُ الْفَرْدِ لم تَخْلُ شَهَادَتُهُ عن جَرِّ النَّفْعِ إلَى نَفْسِهِ فَلَا يَخْلُصُ لِلَّهِ عز وجل

فَشُرِطَ الْعَدَدُ في الشَّهَادَةِ لِيَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مُضَافًا إلَى قَوْلِ صَاحِبِهِ فَتَصْفُو الشَّهَادَةُ لِلَّهِ عز شَأْنُهُ وَلِأَنَّهُ إذَا كان فَرْدًا يُخَافُ عليه السَّهْوُ وَالنِّسْيَانُ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ مَطْبُوعٌ على السَّهْوِ وَالْغَفْلَةِ فَشَرْطُ الْعَدَدِ في الشَّهَادَةِ لِيُذَكِّرَ الْبَعْضُ الْبَعْضَ عِنْدَ اعْتِرَاضِ السَّهْوِ وَالْغَفْلَةِ كما قال اللَّهُ تَعَالَى في إقَامَةِ امْرَأَتَيْنِ مَقَامَ رَجُلٍ في الشَّهَادَةِ { أَنْ تَضِلَّ إحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إحْدَاهُمَا الْأُخْرَى } ثُمَّ الشَّرْطُ عَدَدُ الْمُثَنَّى في عُمُومِ الشَّهَادَاتِ الْقَائِمَةِ على ما يَطَّلِعُ عليه الرِّجَالُ إلَّا في الشَّهَادَةِ بِالزِّنَا فإنه يُشْتَرَطُ فيها عَدَدُ الْأَرْبَعَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَاَلَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لم يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ } وقَوْله تَعَالَى { فإذ لم يَأْتُوا

بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمْ الْكَاذِبُونَ } وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ في هذا الْبَابِ أَحَدُ نَوْعَيْ الْحُجَّةِ فَتُعْتَبَرُ بِالنَّوْعِ الْآخَرِ وهو الْإِقْرَارُ ثُمَّ عَدَدُ الْأَقَارِيرِ الْأَرْبَعَةِ شَرْطُ ظُهُورِ الزِّنَا عِنْدَنَا فَكَذَا عَدَدُ الشُّهُودِ الْأَرْبَعَةِ بِخِلَافِ سَائِرِ الْحُدُودِ فإنه لَا يُشْتَرَطُ الْعَدَدُ في الْإِقْرَارِ لِظُهُورِهَا فَكَذَا في الشَّهَادَةِ وَلِأَنَّ عَدَدَ الْأَرْبَعَةِ في الزِّنَا ثَبَتَ نَصًّا بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لِأَنَّ خَبَرَ من ليس بِمَعْصُومٍ من الْكَذِبِ لَا يَخْلُو عن احْتِمَالِ الْكَذِبِ

وَعَدَدُ الْأَرْبَعَةِ في احْتِمَالِ الْكَذِبِ مِثْلُ عَدَدِ الْمُثَنَّى ما لم يَدْخُلْ في حَدِّ التَّوَاتُرِ لَكِنَّا عَرَفْنَاهُ شَرْطًا بِنَصٍّ خَاصٍّ مَعْدُولًا بِهِ عن الْقِيَاسِ فَبَقِيَ سَائِرُ الْأَبْوَابِ على أَصْلِ الْقِيَاسِ

وَأَمَّا فِيمَا لَا يَطَّلِعُ عليه الرِّجَالُ كَالْوِلَادَةِ وَالْعُيُوبِ الْبَاطِنَةِ في النِّسَاءِ فَالْعَدَدُ فيه ليس

بِشَرْطٍ عِنْدَنَا فَتُقْبَلُ فيه شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ وَالثِّنْتَانِ أَحْوَطُ

وَعِنْدَ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ إن الْعَدَدَ فيه شَرْطٌ إلَّا أَنَّ عِنْدَ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يكتفي فيه بِامْرَأَتَيْنِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا بُدَّ من الْأَرْبَعِ

وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ شَهَادَةَ الرِّجَالِ لَمَّا سَقَطَ اعْتِبَارُهَا في هذا الْبَابِ لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ وَجَبَ الِاكْتِفَاءُ بِعَدَدِهِمْ من النِّسَاءِ

وَوَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الشَّرْعَ أَقَامَ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ في بَابِ الشَّهَادَةِ مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ ثُمَّ لَا يكتفي بِأَقَلَّ من رَجُلَيْنِ فَلَا يكتفي بِأَقَلَّ من أَرْبَعِ نِسْوَةٍ

وَلَنَا أَنَّ شَرْطَ الْعَدَدِ في الشَّهَادَةِ في الْأَصْلِ ثَبَتَ تَعَبُّدًا غَيْرُ مَعْقُولِ الْمَعْنَى لِأَنَّ خَبَرَ من ليس بِمَعْصُومٍ عن الْكَذِبِ لَا يُفِيدُ الْعِلْمَ قَطْعًا وَيَقِينًا

وَإِنَّمَا يُفِيدُهُ غَالِبُ الرَّأْيِ وَأَكْثَرُ الظَّنِّ

وَهَذَا ثَبَتَ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ الْعَدْلِ

وَلِهَذَا لم يُشْتَرَطْ الْعَدَدُ في رِوَايَةِ الْأَخْبَارِ

إلَّا أَنَّا عَرَفْنَا الْعَدَدَ فيها شَرْطًا بِالنَّصِّ

وَالنَّصُّ وَرَدَ بِالْعَدَدِ في شَهَادَةِ النِّسَاءِ في حَالَةٍ مَخْصُوصَةٍ

وَهِيَ أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ رَجُلٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى عز شَأْنُهُ { فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ } فَبَقِيَتْ حَالَةُ الِانْفِرَادِ عن الرِّجَالِ على أَصْلِ الْقِيَاسِ

وقد رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ قَبِلَ شَهَادَةَ الْقَابِلَةِ على الْوِلَادَةِ

وَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَاحِدٌ بِالْوِلَادَةِ يُقْبَلُ لِأَنَّهُ لَمَّا قَبِلَ شَهَادَةَ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ فَشَهَادَةُ رَجُلٍ وَاحِدٍ أَوْلَى

وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَمِنْهَا اتِّفَاقُ الشَّهَادَتَيْنِ فِيمَا يُشْتَرَطُ فيه الْعَدَدُ فَإِنْ اخْتَلَفَا لم تُقْبَلْ لِأَنَّ اخْتِلَافَهُمَا يُوجِبُ اخْتِلَافَ الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ وَلِأَنَّ عِنْدَ اخْتِلَافِ الشَّهَادَتَيْنِ لم يُوجَدْ إلَّا أَحَدُ شَطْرَيْ الشَّهَادَةِ وَلَا يُكْتَفَى بِهِ فِيمَا يُشْتَرَطُ فيه الْعَدَدُ

ثُمَّ نَقُولُ الِاخْتِلَافُ قد يَكُونُ في جِنْسِ الْمَشْهُودِ بِهِ وقد يَكُونُ في قَدْرِهِ وقد يَكُونُ في الزَّمَانِ وقد يَكُونُ في الْمَكَانِ وَغَيْرِ ذلك

أَمَّا اخْتِلَافُهُمَا في الْجِنْسِ فَقَدْ يَكُونُ في الْعَقْدِ وقد يَكُونُ في الْمَالِ أَمَّا في الْعَقْدِ فَهُوَ أَنْ يَشْهَدَ أَحَدُهُمَا بِالْبَيْعِ وَالْآخَرُ بِالْمِيرَاثِ أو بِالْهِبَةِ أو غَيْرِ ذلك فَلَا

تُقْبَلُ لِاخْتِلَافِ الْعَقْدَيْنِ صُورَةً وَمَعْنًى فَقَدْ شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِعَقْدٍ غَيْرِ ما شَهِدَ بِهِ الْآخَرُ وَلَيْسَ على أَحَدِهِمَا شَهَادَةُ شَاهِدَيْنِ
وَأَمَّا في الْمَالِ فَهُوَ أَنْ يَشْهَدَ أَحَدُهُمَا بِمَكِيلٍ وَالْآخَرُ بِمَوْزُونٍ فَلَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ وَلَيْسَ على أَحَدِهِمَا شَهَادَةُ شَاهِدَيْنِ
وَأَمَّا اخْتِلَافُ الشَّهَادَةِ في قَدْرِ الْمَشْهُودِ بِهِ فَنَحْوُ ما إذَا ادَّعَى رَجُلٌ على رَجُلٍ أَلْفَيْ دِرْهَمٍ وَأَقَامَ شَاهِدَيْنِ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفَيْنِ وَالْآخَرُ بِأَلْفٍ لَا تُقْبَلُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَصْلًا وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ على الْأَلْفِ
وَلَوْ كان الْمُدَّعِي يَدَّعِي أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ وَالْآخَرُ بِأَلْفٍ تُقْبَلُ على الْأَلْفِ بِالْإِجْمَاعِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الشَّهَادَةَ لم تُخَالِفْ الدَّعْوَى في قَدْرِ الْأَلْفِ بَلْ وَافَقَتْهَا بِقَدْرِهَا إلَّا أَنَّ الْمُدَّعِيَ يَدَّعِي زِيَادَةَ مَالٍ لَا شَهَادَةَ لهم عليه فَيَثْبُتُ قَدْرُ ما وَقَعَ الِاتِّفَاقُ عليه كما إذَا ادَّعَى أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا بِذَلِكَ وَالْآخَرُ بِأَلْفٍ تُقْبَلُ على الْأَلْفِ لِمَا قُلْنَا
كَذَا هذا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ شَطْرَ الشَّهَادَةِ خَالَفَ الدَّعْوَى لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ يَدَّعِي أَلْفَيْنِ وإنه اسْمٌ وُضِعَ دَلَالَةً على عَدَدٍ مَعْلُومٍ وَالِاسْمُ الْمَوْضُوعُ دَلَالَةً على عَدَدٍ لَا يَقَعُ على ما دُونَ ذلك الْعَدَدِ كَسَائِرِ أَسْمَاءِ الْأَعْدَادِ كالمتروك (((كالبرك))) لِأَلْفٍ من الْإِبِلِ وَالْهُنَيْدَةِ لِمِائَةٍ منها وَنَحْوِ ذلك فلم تَكُنْ الْأَلْفُ الْمُفْرَدَةُ مُدَّعًى فلم تَكُنْ الشَّهَادَةُ شَاهِدَةً على ما دخل تَحْتَ الدَّعْوَى فَانْفَرَدَتْ الشَّهَادَةُ عن الدَّعْوَى فِيمَا يُشْتَرَطُ فيه الدَّعْوَى فَلَا تُقْبَلُ بِخِلَافِ ما إذَا ادَّعَى أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا بِذَلِكَ وَالْآخَرُ بِأَلْفٍ أَنَّهُ يُقْبَلُ على الْأَلْفِ لِأَنَّ الْأَلْفَ وَالْخَمْسَمِائَةِ اسْمٌ لِعَدَدَيْنِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُعْطَفُ أَحَدُهُمَا على الْآخَرِ فَيُقَالُ أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٍ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بانفرداه (((بانفراده))) دَاخِلًا تَحْتَ الدَّعْوَى فَالشَّهَادَةُ الْقَائِمَةُ عَلَيْهِمَا تَكُونُ قَائِمَةً على كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَقْصُودًا فإذا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ فَقَدْ شَهِدَ بِأَحَدِ الْعَدَدَيْنِ الدَّاخِلَيْنِ تَحْتَ الدَّعْوَى فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ مُوَافِقَةً لِلدَّعْوَى في عَدَدِ الْأَلْفِ فَيُقْضَى بِهِ لِلْمُدَّعِي لِقِيَامِ الْحُجَّةِ عليه بِخِلَافِ الْأَلْفِ وَالْأَلْفَيْنِ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِعَدَدٍ وَاحِدٍ لَا تَصِحُّ على ما دُونَهُ بِحَالٍ فلم تَكُنْ الْأَلْفُ الْمُفْرَدَةُ دَاخِلَةً تَحْتَ الدَّعْوَى فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ الْقَائِمَةُ عليها شَهَادَةً على ما لم يَدْخُلْ تَحْتَ الدَّعْوَى فَلَا تُقْبَلُ فَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا
وَلَوْ ادَّعَى أَلْفًا فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْأَلْفِ وَالْآخَرُ بِأَلْفَيْنِ لَا تُقْبَلُ على الْأَلْفِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ كَذَّبَ أَحَدَ شَاهِدَيْهِ في بَعْضِ ما شَهِدَ بِهِ فَأَوْجَبَ ذلك تُهْمَةً في الْبَاقِي فَلَا تُقْبَلُ إلَّا إذَا وَفَّقَ فقال كان لي عليه أَلْفَانِ إلَّا أَنَّهُ كان قد قَضَانِي أَلْفًا ولم يَعْلَمْ بِهِ الشَّاهِدُ فَيُقْبَلُ
وَكَذَا لو ادَّعَى أَلْفًا فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا بها وَالْآخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ لَا تُقْبَلُ لِمَا قُلْنَا إلَّا إذَا وَفَّقَ فقال كان لي عليه أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٍ إلَّا أَنَّهُ قَضَانِي خَمْسَمِائَةٍ ولم يَعْلَمْ بها الشَّاهِدُ فَتُقْبَلُ لِأَنَّهُ إذَا وَفَّقَ فَقَدْ زَالَ الِاخْتِلَافُ الْمَانِعُ من الْقَبُولِ

وَلَوْ ادَّعَى على رَجُلٍ أَنَّهُ بَاعَ عَبْدَهُ بِأَلْفَيْ دِرْهَمٍ وهو يُنْكِرُ فَشَهِدَ شَاهِدٌ بِأَلْفَيْنِ وَآخَرُ بِأَلْفٍ أو ادَّعَى أَنَّهُ بَاعَهُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ وَالْآخَرُ بِأَلْفٍ لَا تُقْبَلُ بِالْإِجْمَاعِ
لِأَنَّ الشَّاهِدَيْنِ اخْتَلَفَا في الْبَدَلِ
وَاخْتِلَافُ الْبَدَلَيْنِ يُوجِبُ اخْتِلَافَ الْعَقْدَيْنِ فَصَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاهِدًا بِعَقْدٍ غَيْرِ عَقْدِ صَاحِبِهِ وَلَيْسَ على أَحَدِهِمَا شَهَادَةُ شَاهِدَيْنِ فَلَا تُقْبَلُ وَلَا يَثْبُتُ الْعَقْدُ وَكَذَا لو كان الْمُشْتَرِي مُدَّعِيًا وَالْبَائِعُ مُدَّعًى عليه لِمَا قُلْنَا
فَإِنْ كان هذا في الْإِجَارَةِ يُنْظَرُ إنْ كانت الدَّعْوَى من المؤاجرة (((المؤاجر))) في مُدَّةِ الْإِجَارَةِ لَا تُقْبَلُ لِأَنَّ هذا يَكُونُ دَعْوَى الْعَقْدِ وَلَيْسَ على أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ شَهَادَةُ شَاهِدَيْنِ فَلَا تُقْبَلُ كما في بَابِ الْبَيْعِ وَإِنْ كانت الدَّعْوَى بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ فَهَذَا دَعْوَى الْمَالِ لَا دَعْوَى الْعَقْدِ فَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ سَائِرِ الدُّيُونِ وقد ذَكَرْنَاهُ على الِاتِّفَاقِ وَالِاخْتِلَافِ هذا إذَا كانت الدَّعْوَى من الْمُؤَاجِرِ فَإِنْ كانت من الْمُسْتَأْجِرِ لَا تُقْبَلُ سَوَاءٌ كانت الدَّعْوَى في الْمُدَّةِ أو بَعْدَ انْقِضَائِهَا لِأَنَّ هذا دَعْوَى الْعَقْدِ
وَلَوْ كان هذا في النِّكَاحِ فَإِنْ كانت الدَّعْوَى من الْمَرْأَةِ فَهَذَا دَعْوَى الْمَالِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ حتى إنها لو ادَّعَتْ على رَجُلٍ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا على أَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ فَشَهِدَ لها شَاهِدَانِ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ وَالْآخَرُ بِأَلْفٍ تُقْبَلُ وَالنِّكَاحُ جَائِزٌ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَعِنْدَهُمَا لَا تُقْبَلُ وَلَا يَجُوزُ النِّكَاحُ لِأَنَّ هذا دَعْوَى الْعَقْدِ
وَلَوْ كانت الدَّعْوَى من الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةُ تُنْكَرُ لَا تُقْبَلُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ هذا دَعْوَى الْعَقْدِ وَلَوْ كانت الدَّعْوَى في الْخُلْعِ أو في الطَّلَاقِ على مَالٍ أو في الْعَتَاقِ أو في الصُّلْحِ عن دَمِ الْعَمْدِ على مَالٍ فَإِنْ كانت الدَّعْوَى من الزَّوْجِ أو من الْمَوْلَى أو وَلِيِّ الْقِصَاصِ تُقْبَلُ لِأَنَّ هذا دَعْوَى الْمَالِ وَإِنْ كانت الدَّعْوَى من الْمَرْأَةِ أو الْعَبْدِ أو الْقَاتِلِ لَا تُقْبَلُ لِأَنَّ هذا دَعْوَى الْعَقْدِ
وَلَوْ كان هذا في الْكِتَابَةِ فَإِنْ كانت الدَّعْوَى من الْمُكَاتَبِ لَا تُقْبَلُ لِأَنَّ هذا دَعْوَى الْعَقْدِ فَلَا تُقْبَلُ وَلَا تَصِحُّ الْكِتَابَةُ وَإِنْ كانت من الْمَوْلَى فَلَا تَصِحُّ لِأَنَّ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُعْجِزَ نَفْسَهُ مَتَى شَاءَ
وَأَمَّا اخْتِلَافُ الشَّهَادَةِ في الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ فإنه يُنْظَرُ إنْ كان ذلك في الْأَقَارِيرِ لَا يَمْنَعُ الْقَبُولَ وَإِنْ كان في الْأَفَاعِيلِ من الْقَتْلِ وَالْقَطْعِ وَالْغَصْبِ وَإِنْشَاءِ الْبَيْعِ وَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالنِّكَاحِ وَنَحْوِهَا يَمْنَعُ الْقَبُولَ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْإِقْرَارَ مِمَّا يَحْتَمِلُ التَّكْرَارَ فَيُمْكِنُ التَّوْفِيقُ بين الشَّهَادَتَيْنِ لِسَمَاعِهِ عن الْإِقْرَارِ في زَمَانَيْنِ أو مَكَانَيْنِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الِاخْتِلَافُ بين الشَّهَادَتَيْنِ بِخِلَافِ الْقَتْلِ وَالْقَطْعِ وَإِنْشَاءِ الْبَيْعِ وَغَيْرِهِ من الْعُقُودِ وَالْفُسُوخِ لِأَنَّ هذا لَا يَحْتَمِلُ التَّكْرَارَ فَاخْتِلَافُ الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ فيها يُوجِبُ اخْتِلَافَ الشَّهَادَتَيْنِ فَيَمْنَعُ الْقَبُولَ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ
وَلَوْ ادَّعَى رَجُلٌ على رَجُلٍ قَرْضَ أَلْفِ دِرْهَمٍ فَشَهِدَ شَاهِدَانِ أَحَدُهُمَا على الْقَرْضِ وَالْآخَرُ على الْقَرْضِ وَالْقَضَاءِ يقضى بِشَهَادَتِهِمَا على الْقَرْضِ وَلَا يقضى بِالْقَضَاءِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَقْضِي بِشَهَادَتِهِمَا بِالْقَرْضِ أَيْضًا لِأَنَّهُمَا وَإِنْ اجْتَمَعَا على الشَّهَادَةِ بِالْقَرْضِ لَكِنَّ الذي شَهِدَ بِالْقَضَاءِ فَسَخَ شَهَادَتَهُ بِالْقَرْضِ فَبَقِيَ على الْقَرْضِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ فَلَا يَقْضِي بِالشَّهَادَةِ وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ الشهادتان (((الشهادتين))) اخْتَلَفَتَا في الْقَضَاءِ لَا في الْقَرْضِ بَلْ اتَّفَقَا على الْقَرْضِ فيقضي بِهِ
وَقَوْلُهُ شَاهِدُ الْقَضَاءِ فَسَخَ شَهَادَتَهُ بِالْقَرْضِ

قُلْنَا مَمْنُوعٌ بَلْ قَرَّرَ شَهَادَتَهُ على الْقَرْضِ لِأَنَّ قَضَاءَ الْقَرْضِ بَعْدَ الفرض (((القرض))) يَكُونُ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَكَانِ فَوَاحِدٌ وهو مَجْلِسُ الْقَضَاءِ
وَمِنْهَا الذُّكُورَةُ في الشَّهَادَةِ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فَلَا تُقْبَلُ فيها شَهَادَةُ النِّسَاءِ لِمَا رُوِيَ عن الزُّهْرِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قال مَضَتْ السُّنَّةُ من لَدُنْ رسول اللَّهِ وَالْخَلِيفَتَيْنِ من بعدهما (((بعده))) رِضْوَانُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيْهِمَا أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ في الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ وَلِأَنَّ الْحُدُودَ وَالْقِصَاصَ مَبْنَاهُمَا على الدَّرْءِ وَالْإِسْقَاطِ بِالشُّبُهَاتِ وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ لَا تَخْلُو عن شُبْهَةٍ لِأَنَّهُنَّ جُبِلْنَ على السَّهْوِ وَالْغَفْلَةِ وَنُقْصَانِ الْعَقْلِ وَالدِّينِ فَيُورِثُ ذلك شُبْهَةً بِخِلَافِ سَائِرِ الْأَحْكَامِ لِأَنَّهَا تَجِبُ مع الشُّبْهَةِ وَلِأَنَّ جَوَازَ شَهَادَةِ النِّسَاءِ على الْبَدَلِ من شَهَادَةِ الرِّجَالِ والأبدال في بَابِ الْحُدُودِ غَيْرُ مقبولة (((مقبول))) كَالْكَفَالَاتِ وَالْوَكَالَاتِ
وَأَمَّا الشَّهَادَةُ على الْأَمْوَالِ فَالذُّكُورَةُ لَيْسَتْ فيها بِشَرْطٍ وَالْأُنُوثَةُ لَيْسَتْ بِمَانِعَةٍ بِالْإِجْمَاعِ فَتُقْبَلُ فيها شَهَادَةُ النِّسَاءِ مع الرِّجَالِ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى في بَابِ الْمُدَايَنَةِ { وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ من رِجَالِكُمْ فَإِنْ لم يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ من الشُّهَدَاءِ } وَاخْتُلِفَ في اشْتِرَاطِهَا في الشَّهَادَةِ بِالْحُقُوقِ التي ليس (((ليست))) بِمَالٍ كَالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالنَّسَبِ

قال أَصْحَابُنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ وقال الشَّافِعِيُّ رضي اللَّهُ عنه شَرْطٌ
وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ شَهَادَةَ النِّسَاءِ حُجَّةٌ ضَرُورَةً لِأَنَّهَا جُعِلَتْ حُجَّةً في بَابِ الدِّيَانَاتِ عِنْدَ عَدَمِ الرِّجَالِ وَلَا ضَرُورَةَ في الْحُقُوقِ التي لَيْسَتْ بِمَالٍ لِانْدِفَاعِ الْحَاجَةِ فيها بِشَهَادَةِ الرِّجَالِ وَلِهَذَا لم تُجْعَلْ حُجَّةً في بَابِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ وَكَذَا لم تُجْعَلْ حُجَّةً بِانْفِرَادِهِنَّ فِيمَا لَا يَطَّلِعُ عليه الرِّجَالُ وَلَنَا قَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَاسْتَشْهِدُوا } الْآيَةَ جَعَلَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى

لِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ شَهَادَةً على الْإِطْلَاقِ لِأَنَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى جَعَلَهُمْ من الشُّهَدَاءِ وَالشَّاهِدُ الْمُطْلَقُ من له شَهَادَةٌ على الْإِطْلَاقِ فَاقْتَضَى أَنْ يَكُونَ لهم شَهَادَةٌ في سَائِرِ الْأَحْكَامِ إلَّا ما قُيِّدَ بِدَلِيلٍ
وَرُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ أَجَازَ شَهَادَةَ النِّسَاءِ مع الرِّجَالِ في النِّكَاحِ وَالْفُرْقَةِ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ من الصَّحَابَةِ فَكَانَ إجْمَاعًا منهم على الْجَوَازِ وَلِأَنَّ شَهَادَةَ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ في إظْهَارِ الشهود (((المشهود))) بِهِ مِثْلُ شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ لِرُجْحَانِ جَانِبِ الصِّدْقِ فيها على جَانِبِ الْكَذِبِ بِالْعَدَالَةِ لَا أنها لم تُجْعَلْ حُجَّةً فِيمَا يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ لِنَوْعِ قُصُورٍ وَشُبْهَةٍ فيها لِمَا ذَكَرْنَا وَهَذِهِ الْحُقُوقُ تَثْبُتُ بِدَلِيلٍ فيه شُبْهَةٌ
وَأَمَّا قَوْلُهُ بِأَنَّهَا ضَرُورَةٌ فَلَا تَسْلَمُ فَإِنَّهَا مع الْقُدْرَةِ على شَهَادَةِ الرِّجَالِ في بَابِ الْأَمْوَالِ مَقْبُولَةٌ فَدَلَّ أنها شَهَادَةٌ مُطْلَقَةٌ لَا ضَرُورَةً
وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ نُقْصَانَ الْأُنُوثَةِ يَصِيرُ مَجْبُورًا بِالْعَدَدِ فَكَانَتْ شَهَادَةً مُطْلَقَةً
وَاخْتُلِفَ في اشْتِرَاطِهَا في الشَّهَادَةِ على الْإِحْصَانِ

قال عُلَمَاؤُنَا الثَّلَاثَةُ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ
وقال زُفَرُ حتى يَظْهَرَ الْإِحْصَانُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ لَا يَظْهَرُ
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الذُّكُورَةَ شَرْطٌ في عِلَّةِ الْعُقُوبَاتِ بِالْإِجْمَاعِ حتى لَا يَظْهَرَ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ وَالْإِحْصَانُ من جُمْلَةِ أَوْصَافِ الْعِلَّةِ لِأَنَّ عِلَّةَ وُجُوبِ الرَّجْمِ ليس هو الزِّنَا الْمُطْلَقَ بَلْ الزِّنَا الموصوف (((لموصوف))) بِالتَّغْلِيظِ وَلَا يَتَغَلَّظُ إلَّا بِالْإِحْصَانِ فَكَانَ الْإِحْصَانُ من جُمْلَةِ الْعِلَّةِ لا (((فلا))) يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ وَلِهَذَا لو أَقَرَّ بِالْإِحْصَانِ جَازَ رُجُوعُهُ كما أَنَّهُ لو أَقَرَّ بِالزِّنَا رَجَعَ
وَكَذَا الشَّهَادَةُ الْقَائِمَةُ على الْإِحْصَانِ من غَيْرِ دَعْوَى كَالشَّهَادَةِ الْقَائِمَةِ على الزِّنَا وَلَنَا قَوْلُهُ عز وجل { فَاسْتَشْهِدُوا } الْآيَةَ وَدَلَالَتُهَا على نَحْوِ ما تَقَدَّمَ مع الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى
وَأَمَّا قَوْلُهُ من جُمْلَةِ الْعِلَّةِ الْإِحْصَانُ
قُلْنَا لَا مَمْنُوعٌ بَلْ هو شَرْطُ الْعِلَّةِ فَيَصِيرُ الزِّنَا عِنْدَهُ عِلَّةً وَالْحُكْمُ يُضَافُ إلَى الْعِلَّةِ لَا إلَى الشَّرْطِ لِمَا عُرِفَ في أُصُولِ الْفِقْهِ
وَأَمَّا الرُّجُوعُ عنه بَعْدَ الْإِقْرَارِ فَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ في قَوْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَا يَصِحُّ في قَوْلِ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهَذَا حُجَّةٌ على زُفَرَ وَلَا رِوَايَةَ فيه عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ قلنا (((فلنا))) أَنْ نَمْنَعَ وَعَدَمُ اشْتِرَاطِ الدَّعْوَى يَدُلُّ على أَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لَا على أَنَّهُ تُضَافُ إلَيْهِ الْعُقُوبَةُ
أَلَا تَرَى أَنَّ الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ في عِتْقِ الْأَمَةِ إجْمَاعًا وَلَا في عِتْقِ الْعَبْدِ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَإِنْ كان لَا يَتَقَرَّرُ تَعَلُّقُ عُقُوبَةٍ بِهِ وَنَحْنُ نُسَلِّمُ أَنَّ الْإِحْصَانَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى في هذا الْوَقْتِ على ما عُرِفَ في الْخِلَافِيَّاتِ
وَمِنْهَا إسْلَامُ الشَّاهِدِ إذَا كان الْمَشْهُودُ عليه مُسْلِمًا حتى لَا تُقْبَلَ شَهَادَةُ الْكَافِرِ على الْمُسْلِمِ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فيها مَعْنَى الْوِلَايَةِ وهو تَنْفِيذُ الْقَوْلِ على الْغَيْرِ وَلَا وِلَايَةَ لِلْكَافِرِ فَلَا شَهَادَةَ له عليه
وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُسْلِمِ على الْكَافِرِ لِأَنَّهُ من أَهْلِ أَنْ يَثْبُتَ له الْوِلَايَةُ على الْمُسْلِمِ فَعَلَى الْكَافِرِ أَوْلَى
وَأَمَّا إذَا كان الْمَشْهُودُ عليه كَافِرًا فَإِسْلَامُ الشَّاهِدِ هل هو شَرْطٌ لِقَبُولِ شَهَادَتِهِ عليه فَقَدْ اُخْتُلِفَ فيه قال أَصْحَابُنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ ليس بِشَرْطٍ حتى تُقْبَلَ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضِهِمْ على بَعْضٍ سَوَاءٌ اتَّفَقَتْ مِلَلُهُمْ أو اخْتَلَفَتْ بَعْدَ أَنْ كَانُوا عُدُولًا في دِينِهِمْ
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ شَرْطٌ حتى لَا تُقْبَلَ شَهَادَتُهُمْ أَصْلًا
وَاحْتَجَّ بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ على الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا } نَفَى اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَنْ يَكُونَ لِلْكَافِرِينَ على الْمُؤْمِنِينَ سبيلا (((سبيل))) وفي قَبُولِ شَهَادَةِ بَعْضِهِمْ على بَعْضٍ إثْبَاتُ السَّبِيلِ لِلْكَافِرِينَ على الْمُؤْمِنِينَ لِأَنَّهُ يَجِبُ على الْقَاضِي الْقَضَاءُ بِشَهَادَتِهِمْ وأنه مَنْفِيٌّ وَلِأَنَّ الْعَدَالَةَ شَرْطُ قَبُولِ الشَّهَادَةِ وَالْفِسْقُ مَانِعٌ وَالْكُفْرُ رَأْسُ الْفِسْقِ فَكَانَ أَوْلَى بِالْمَنْعِ من الْقَبُولِ وَلَنَا قَوْلُ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في ذلك الحديث فإذا قَبِلُوا عَقْدَ الذِّمَّةِ فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ لهم ما لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ ما على الْمُسْلِمِينَ وَلِلْمُسْلِمِ على الْمُسْلِمِ شَهَادَةٌ فَكَذَا لِلذِّمِّيِّ على الذِّمِّيِّ فَظَاهِرُهُ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ لِلذِّمِّيِّ على الْمُسْلِمِ شَهَادَةٌ كَالْمُسْلِمِ إلَّا أَنَّ ذلك صَارَ مَخْصُوصًا من عُمُومِ النَّصِّ وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ مَسَّتْ إلَى صِيَانَةِ حُقُوقِ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَلَا تَحْصُلُ الصِّيَانَةُ إلَّا وَأَنْ يَكُونَ لِبَعْضِهِمْ على بَعْضٍ شَهَادَةٌ وَلَا شَكَّ أَنَّ الْحَاجَةَ

إلَى صِيَانَةِ حُقُوقِهِمْ مَاسَّةٌ لِأَنَّهُمْ إنَّمَا قَبِلُوا عَقْدَ الذِّمَّةِ لِتَكُونَ دِمَاؤُهُمْ كَدِمَائِنَا وَأَمْوَالُهُمْ كَأَمْوَالِنَا
وَالدَّلِيلُ على أَنَّ الصِّيَانَةَ لَا تَحْصُلُ إلَّا وَأَنْ يَكُونَ لِبَعْضِهِمْ على بَعْضٍ شَهَادَةٌ لِأَنَّ هذه الْمُعَامَلَاتِ تَكْثُرُ فِيمَا بَيْنَهُمْ
وَالْمُسْلِمُونَ لَا يَحْضُرُونَ مُعَاقَدَتِهِمْ لِيَتَحَمَّلُوا حَوَادِثَهُمْ
فَلَوْ لم يَكُنْ لِبَعْضِهِمْ على بَعْضٍ شَهَادَةٌ لَضَاعَتْ حُقُوقُهُمْ عِنْدَ الْجُحُودِ وَالْإِنْكَارِ فَدَعَتْ الْحَاجَةُ إلَى الصِّيَانَةِ بِالشَّهَادَةِ
وَأَمَّا الْآيَةُ الْكَرِيمَةُ فَوُجُوبُ الْقَضَاءِ لَا يَثْبُتُ بِالشَّهَادَةِ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بِالتَّقْلِيدِ السَّابِقِ وَالشَّهَادَةُ شَرْطُ الْوُجُوبِ وَالْحُكْمُ لَا يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ فَلَا يَكُونُ في قَبُولِ شَهَادَةِ بَعْضِهِمْ على بَعْضٍ إثْبَاتُ السَّبِيلِ لِلْكَافِرِ على الْمُؤْمِنِ
سَوَاءٌ اتَّفَقَتْ مِلَلُهُمْ أو اخْتَلَفَتْ
فَتُقْبَلُ شَهَادَةُ النَّصْرَانِيِّ على الْيَهُودِيِّ وَالْيَهُودِيِّ على الْمَجُوسِيِّ
وقال ابن أبي لَيْلَى إنْ اخْتَلَفَتْ لَا تُقْبَلُ
وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الْكُفْرَ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ أَنْوَاعُهُ صُورَةً فَهُوَ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ حَقِيقَةً فَتُقْبَلُ شَهَادَةُ بَعْضِهِمْ على بَعْضٍ كَيْفَ ما كان بَعْدَ أَنْ يَكُونَ الشَّاهِدُ من أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ حتى لَا تُقْبَلَ شَهَادَةُ الْمُسْتَأْمَنِ على الذِّمِّيِّ لِأَنَّهُ ليس من أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ حَقِيقَةً وَإِنْ كان فيها صُورَةً لِأَنَّهُ ما دخل دَارَنَا لِلسُّكْنَى فيها بَلْ لِيَقْضِيَ حَوَائِجَهُ ثُمَّ يَعُودَ عن قَرِيبٍ فلم يَكُنْ من أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ وَالذِّمِّيُّ من أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ فَاخْتَلَفَتْ الدَّارَانِ فلم تُقْبَلْ شَهَادَةُ الذِّمِّيِّ عليه بِالنَّصِّ الذي رَوَيْنَا وَصَارَ حُكْمُ الْمُسْتَأْمَنِ مع الذِّمِّيِّ في الشَّهَادَةِ كَحُكْمِ الذِّمِّيِّ مع الْمُسْلِمِ

وَشَهَادَةُ الْمُسْتَأْمَنِ تُقْبَلُ على الْمُسْتَأْمَنِ إنْ اتَّفَقَتْ دَارُهُمْ وَمِلَلُهُمْ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ لَا تُقْبَلُ
وَمِنْهَا عَدَمُ التَّقَادُمِ في الشَّهَادَةِ على الْحُدُودِ كُلِّهَا إلَّا حَدَّ الْقَذْفِ حتى لَا تُقْبَلَ الشَّهَادَةُ عليها إذَا تَقَادَمَ الْعَهْدُ إلَّا على حَدِّ الْقَذْفِ بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ لِمَا عُرِفَ في كِتَابِ الْحُدُودِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
ومنها قِيَامُ الرَّائِحَةِ في الشَّهَادَةِ على شُرْبِ الْخَمْرِ إذَا لم يَكُنْ سَكْرَانَ ولم يُحَقَّقْ أَنَّهُ من مَسِيرِهِ لَا يَبْقَى الرِّيحُ من الْمَجِيءِ بِهِ من مِثْلِهَا عَادَةً عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ليس بِشَرْطٍ وَهِيَ من مَسَائِلِ الْحُدُودِ وَتُذْكَرُ هُنَالِكَ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَمِنْهَا الْأَصَالَةُ في الشَّهَادَةِ على الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ حتى لَا تُقْبَلَ فيها الشَّهَادَةُ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ وَهِيَ الشَّهَادَةُ على الشَّهَادَةِ عِنْدَنَا كَذَا لَا يُقْبَلُ فيها كِتَابُ الْقَاضِي إلَى الْقَاضِي لِأَنَّهُ في مَعْنَى الشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس بِشَرْطٍ حتى تُقْبَلَ فيها الشَّهَادَةُ على الشَّهَادَةِ
وَأَجْمَعُوا على أنها لَيْسَتْ بِشَرْطٍ في الْأَمْوَالِ وَالْحُقُوقِ الْمُجَرَّدَةِ عنها فَتُقْبَلُ فيها الشَّهَادَةُ على الشَّهَادَةِ وَكِتَابُ الْقَاضِي إلَى الْقَاضِي إلَّا في الْعَبْدِ الْآبِقِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ تُقْبَلُ فيه أَيْضًا على ما نَذْكُرُ في كِتَابِ أَدَبِ الْقَاضِي
وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْفُرُوعَ يُؤَدُّونَ الشَّهَادَةَ نِيَابَةً عن الْأُصُولِ فَكَانَتْ شَهَادَتُهُمْ شَهَادَةَ الْأُصُولِ مَعْنًى وَشَهَادَةُ الْأُصُولِ على الْحُدُودِ

وَالْقِصَاصِ مَقْبُولَةٌ
وَلَنَا أَنَّ الْحُدُودَ وَالْقِصَاصَ مِمَّا تُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ وَالشَّهَادَةُ على الشَّهَادَةِ لَا تَخْلُو عن شُبْهَةٍ وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ فيها شَهَادَةُ النِّسَاءِ لِتَمَكُّنِ الشُّبْهَةِ في شَهَادَتِهِنَّ بِسَبَبِ السَّهْوِ وَالْغَفْلَةِ بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ الشُّبْهَةَ هُنَا تَمَكَّنَتْ في مَجْلِسٍ فَكَانَ فيها زِيَادَةٌ لَيْسَتْ في شَهَادَةِ الْأُصُولِ وَلِأَنَّ الْحُدُودَ لَمَّا كانت مَبْنِيَّةً على الدَّرْءِ أَوْجَبَ ذلك اخْتِصَاصَهَا بِحُجَجٍ مَخْصُوصَةٍ بَلْ إيقَافَ إقَامَتِهَا وَلِهَذَا شُرِطَ عَدَدُ الْأَرْبَعَةِ في الشَّهَادَةِ على الزِّنَا لِأَنَّ إطلاع أَرْبَعَةٍ من الرِّجَالِ الْأَحْرَارِ على غَيْبُوبَةِ ذَكَرِهِ في فَرْجِهَا كما يَغِيبُ الْمِيلُ في الْمُكْحُلَةِ نَادِرٌ غَايَةَ النُّدْرَةِ
ثُمَّ نَقُولُ الْكَلَامُ في الشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في صُورَةِ تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ وفي شَرَائِطِ التَّحَمُّلِ وفي صُورَةِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ وفي شَرَائِطِ الْأَدَاءِ أَمَّا صُورَةُ التَّحَمُّلِ فَلَهَا عِبَارَتَانِ مُخْتَصَرَةٌ وَمُطَوَّلَةٌ

أَمَّا اللَّفْظُ الْمُخْتَصَرُ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ شَاهِدُ الْأَصْلِ اشهد على شَهَادَتِي أَنِّي أَشْهَدُ لِفُلَانٍ على فُلَانٍ كَذَا أو يَقُولَ أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ على فُلَانٍ كَذَا فاشهد على شَهَادَتِي بِذَلِكَ
وَأَمَّا الْمُطَوَّلُ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ شَاهِدُ الْأَصْلِ أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ على فُلَانٍ كَذَا أُشْهِدُكَ على شَهَادَتِي هذه وَآمُرُكَ أَنْ تَشْهَدَ على شَهَادَتِي هذه فَاشْهَدْ وَأَمَّا شَرَائِطُ تَحَمُّلِ هذه الشَّهَادَاتِ فما ذَكَرْنَا في عُمُومِ الشَّهَادَاتِ
وَأَمَّا الذي يَخْتَصُّ بها فَأَنْوَاعٌ منها الْإِشْهَادُ حتى لَا يَصِحَّ التَّحَمُّلُ بِنَفْسِ السَّمَاعِ دُونَ الْإِشْهَادِ حتى لو قال أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ على فُلَانٍ كَذَا فَسَمِعَ إنْسَانٌ لَكِنْ لم يَقُلْ اشْهَدْ أنت لم يَصِحَّ التَّحَمُّلُ بِخِلَافِ سَائِرِ الشَّهَادَاتِ أَنَّهُ يَصِحُّ التَّحَمُّلُ فيها بِنَفْسِ مُعَايَنَةِ الْفِعْلِ وَسَمَاعِ الْإِقْرَارِ وَالْإِنْشَاءِ من غَيْرِ إشْهَادٍ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْفُرُوعَ يَشْهَدُونَ نِيَابَةً عن الْأُصُولِ فَلَا بُدَّ من الْإِنَابَةِ منهم وَذَلِكَ

بِالْإِشْهَادِ بِخِلَافِ سَائِرِ الشَّهَادَاتِ لِأَنَّ تَحَمُّلَ الشَّاهِدِ في سَائِرِهَا بِطَرِيقِ الإحارة (((الإحالة))) بِنَفْسِهِ لَا بِغَيْرِهِ فَيَصِحُّ التَّحَمُّلُ فيها بِطَرِيقِ الْمُعَايَنَةِ
وَمِنْهَا الْإِشْهَادُ على شَهَادَتِهِ حتى لو قال اشهد بِمِثْلِ ما شَهِدْتُ أو كما شَهِدْتُ أو على ما شَهِدْتُ لَا يَصِحُّ التَّحَمُّلُ ما لم يَقُلْ على شَهَادَتِي لِأَنَّ مَعْنَى التَّحَمُّلِ وَالْإِنَابَةِ لَا يَحْصُلُ إلَّا بِالْإِشْهَادِ على شَهَادَتِهِ
وَمِنْهَا عَدَدُ التَّحَمُّلِ وهو أَنْ يَتَحَمَّلَ من كل وَاحِدٍ من شَاهِدَيْ الْأَصْلِ اثْنَانِ حتى لو تَحَمَّلَ من أَحَدِهِمَا وَاحِدٌ وَتَحَمَّلَ من الْآخَرِ وَاحِدٌ لَا يَصِحُّ التَّحَمُّلُ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ حَقٌّ ثَابِتٌ في ذِمَّةِ الشَّاهِدِ وَالْحُقُوقُ الثَّابِتَةُ في الذِّمَمِ لَا يَنْقُلُهَا إلَى الْقَاضِي إلَّا شَاهِدَانِ وَلَوْ تَحَمَّلَ اثْنَانِ من أَحَدِهِمَا شَهَادَتَهُ ثُمَّ تَحَمَّلَا من الْآخَرِ شَهَادَتَهُ جَازَ التَّحَمُّلُ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ على التَّحَمُّلِ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاهِدَانِ
فَأَمَّا الذُّكُورَةُ في تَحَمُّلِ هذه الشَّهَادَةِ فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ حتى يَصِحَّ التَّحَمُّلُ فيها من النِّسَاءِ
وَأَمَّا صُورَةُ أَدَاءِ هذه الشَّهَادَةِ فَلَهَا لَفْظَانِ أَيْضًا مُخْتَصَرٌ وَمُطَوَّلٌ فَالْمُخْتَصَرُ أَنْ يَقُولَ شَهِدَ فُلَانٌ عِنْدِي أَنَّ لِفُلَانٍ على فُلَانٍ كَذَا وَأَشْهَدَنِي على شَهَادَتِهِ

بِذَلِكَ فَأَنَا أَشْهَدُ على شَهَادَتِهِ بِذَلِكَ
وَأَمَّا الْمُطَوَّلُ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ شَهِدَ عِنْدِي فُلَانٌ أَنَّ لِفُلَانٍ على فُلَانٍ كَذَا وَأَشْهَدَنِي على شَهَادَتِهِ بِذَلِكَ وَأَمَرَنِي أَنْ أَشْهَدَ على شَهَادَتِهِ بِذَلِكَ وأنا أَشْهَدُ الْآنَ على شَهَادَتِهِ بِذَلِكَ وَلَوْ لم يَقُلْ وَأَمَرَنِي أَنْ أَشْهَدَ على شَهَادَتِهِ بِذَلِكَ جَازَ لِأَنَّ مَعْنَى التَّحَمُّلِ والأنابة يَتَأَدَّى بِقَوْلِهِ أَشْهَدَنِي على شَهَادَتِهِ فَكَانَ قَوْلُهُ أَمَرَنِي بِذَلِكَ من بَابِ التَّأْكِيدِ
وَأَمَّا شَرَائِطُهَا فما ذَكَرْنَاهُ كَسَائِرِ الشَّهَادَاتِ وَالَّذِي يَخْتَصُّ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ أَنْ يَكُونَ الْمَشْهُودُ عليه مَيِّتًا أو غَائِبًا مَسِيرَةَ سَفَرٍ أو مَرِيضًا لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَحْضُرَ مَجْلِسَ الْقَضَاءِ لِأَنَّ جَوَازَ الشَّهَادَةِ لِلْحَاجَةِ وَالضَّرُورَةِ وَلَا تَتَحَقَّقُ الضَّرُورَةُ إلَّا في هذه الْمَوَاضِعِ
وَأَمَّا الذُّكُورَةُ فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِأَدَاءِ هذه الشَّهَادَةِ فَتُقْبَلُ فيها شَهَادَةُ النِّسَاءِ مع الرِّجَالِ لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَإِنْ لم يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ من الشُّهَدَاءِ } فَظَاهِرُ النَّصِّ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ لِلنِّسَاءِ مع الرِّجَالِ شَهَادَةٌ على الْإِطْلَاقِ من غَيْرِ فَصْلٍ إلَّا ما قُيِّدَ بِدَلِيلٍ وَلِأَنَّ قَضِيَّةَ الْقِيَاسِ أَنْ لَا تُشْتَرَطَ الذُّكُورَةُ وَالْأَصْلُ في عُمُومِ الشَّهَادَاتِ إلَّا أَنَّ اشْتِرَاطَ الذُّكُورَةِ في شَهَادَةِ الْأُصُولِ على الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ ثَبَتَ بِنَصٍّ خَاصٍّ وهو حَدِيثُ الزُّهْرِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِتَمَكُّنِ شُبْهَةٍ في شهادتين (((شهادتهن))) لَيْسَتْ في شَهَادَةِ الرِّجَالِ وَاشْتِرَاطُ الْأَصَالَةِ في الشَّهَادَةِ لِتَمَكُّنِ زِيَادَةِ شُبْهَةٍ في شَهَادَةِ الْفُرُوعِ لَيْسَتْ في شَهَادَةِ الْأُصُولِ وهو الشُّبْهَةُ في الشَّهَادَتَيْنِ على ما ذَكَرْنَا فَشَرطَ ذلك احْتِيَالًا لِدَرْءِ ما يندرىء (((يندرئ))) بِالشُّبُهَاتِ وَالْأَمْوَالُ وَالْحُقُوقُ مِمَّا ثَبَتَ بِالشُّبْهَةِ فثبتت (((فثبت))) على أَصْلِ الْقِيَاسِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَلْزَمُ الشَّاهِدَ بِتَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ فَالَّذِي يَلْزَمُهُ أَدَاءُ الشَّهَادَةِ لِلَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى فِيمَا سِوَى أَسْبَابِ الْحُدُودِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ } وَقَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ } إلَّا أَنَّ في الشَّهَادَةِ الْقَائِمَةِ على حُقُوقِ الْعِبَادِ وَأَسْبَابِهَا لَا بُدَّ من طَلَبِ الْمَشْهُودِ له لِوُجُوبِ الْأَدَاءِ فإذا طَلَبَ وَجَبَ عليه الْأَدَاءُ حتى لو امْتَنَعَ بَعْدَ الطَّلَبِ يَأْثَمُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إذَا ما دُعُوا } أَيْ دُعُوا لاداء الشَّهَادَةِ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ أَمَانَةُ الْمَشْهُودِ له في ذِمَّةِ الشَّاهِدِ وقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { فَلْيُؤَدِّ الذي اُؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ } وقال تَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ { إنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إلَى أَهْلِهَا }
وَأَمَّا في حُقُوقِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَفِيمَا سِوَى أَسْبَابِ الْحُدُودِ نَحْوُ طَلَاقِ امْرَأَةٍ وَإِعْتَاقِ عَبْدٍ وَالظِّهَارِ وَالْإِيلَاءِ وَنَحْوِهَا من أَسْبَابِ الْحُرُمَاتِ تَلْزَمُهُ الْإِقَامَةُ حِسْبَةً لِلَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى عِنْدَ الْحَاجَةِ إلَى الْإِقَامَةِ من غَيْرِ طَلَبٍ من أَحَدٍ من الْعِبَادِ
وَأَمَّا في أَسْبَابِ الْحُدُودِ من الزِّنَا وَالسَّرِقَةِ وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَالْقَذْفِ فَهُوَ مُخَيَّرٌ بين أَنْ يَشْهَدَ حِسْبَةً لِلَّهِ تَعَالَى وَبَيْنَ أَنْ يَسْتُرَ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَمْرٌ مَنْدُوبٌ إلَيْهِ قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ } وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من سَتَرَ على مُسْلِمٍ سَتَرَ اللَّهُ عليه في الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وقد نَدَبَهُ الشَّرْعُ إلَى كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا إنْ شَاءَ اخْتَارَ جِهَةَ الْحِسْبَةِ فَأَقَامَهَا لِلَّهِ تَعَالَى وَإِنْ شَاءَ اخْتَارَ جِهَةَ السَّتْرِ فَيَسْتُرُ على أَخِيهِ الْمُسْلِمِ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ الشَّهَادَةِ فَحُكْمُهَا وُجُوبُ الْقَضَاءِ على الْقَاضِي لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عِنْدَ اسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِهَا مظهر (((مظهرة))) لِلْحَقِّ وَالْقَاضِي مَأْمُورٌ بِالْقَضَاءِ بِالْحَقِّ قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { يا دَاوُد إنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً في

الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بين الناس بِالْحَقِّ } وَثُبُوتُ ما يَتَرَتَّبُ عليها من الْأَحْكَامِ

(6/282)

كِتَابُ الرُّجُوعِ عن الشَّهَادَةِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ في الْأَصْلِ في مَوْضِعٍ وَاحِدٍ وهو بَيَانُ حُكْمِ الرُّجُوعِ عن الشَّهَادَةِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الرُّجُوعُ عن الشَّهَادَةِ يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمَانِ أَحَدُهُمَا يَرْجِعُ إلَى مَالِ الشَّاهِدِ وَالثَّانِي يَرْجِعُ إلَى نَفْسِهِ
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى مَالِهِ فَهُوَ وُجُوبُ الضَّمَانِ وَالْكَلَامُ فيه في ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ في بَيَانِ سَبَبِ وُجُوبِ الضَّمَانِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الْوُجُوبِ وفي بَيَانِ مِقْدَارِ الْوَاجِبِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَسَبَبُ وُجُوبِ الضَّمَانِ في هذا الْبَابِ إتْلَافُ الْمَالِ أو النَّفْسِ بِالشَّهَادَةِ لِأَنَّ الضَّمَانَ في الشَّرْعِ إنَّمَا يَجِبُ إمَّا بِالِالْتِزَامِ أو بِالْإِتْلَافِ ولم يُوجَدْ الِالْتِزَامُ فَيَتَعَيَّنَ الْإِتْلَافُ فيها سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ فَإِنْ وَقَعَتْ إتْلَافًا انْعَقَدَتْ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ وَإِلَّا فَلَا وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا شَهِدَا على رَجُلٍ بِأَلْفٍ وَقَضَى الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِمَا ثُمَّ رَجَعَا أَنَّهُمَا يَضْمَنَانِ الْأَلْفَ لِأَنَّهُمَا لَمَّا رَجَعَا عن شَهَادَتِهِمَا بَعْدَ الْقَضَاءِ تَبَيَّنَ أَنَّ شَهَادَتَهُمَا وَقَعَتْ سَبَبًا إلَى الْإِتْلَافِ في حَقِّ الْمَشْهُودِ عليه وَالتَّسَبُّبُ إلَى الْإِتْلَافِ بِمَنْزِلَةِ الْمُبَاشَرَةِ في حَقِّ سَبَبِيَّةِ وُجُوبِ الضَّمَانِ كَالْإِكْرَاهِ على إتْلَافِ الْمَالِ وَحَفْرِ الْبِئْرِ على قَارِعَةِ الطَّرِيقِ وَنَحْوِهِ
فَإِنْ قِيلَ لَمَّا رَجَعَا عن شَهَادَتِهِمَا تَبَيَّنَ أَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي لم يَصِحَّ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمُدَّعِيَ أَخَذَ الْمَالَ بِغَيْرِ حَقٍّ فَلِمَ لَا يَرُدُّهُ إلَى الْمَشْهُودِ عليه
قِيلَ له إنَّهُ بِالرُّجُوعِ لم يَتَبَيَّنْ بُطْلَانُ الْقَضَاءِ لِأَنَّ الشَّاهِدَ غَيْرُ مُصَدَّقٍ في الرُّجُوعِ في حَقِّ الْقَاضِي وَالْمَشْهُودِ له لِوَجْهَيْنِ الْأَوَّلِ أَنَّ الرُّجُوعَ يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ وَالْكَذِبَ وَالْقَضَاءُ بِالْحَقِّ لِلْمَشْهُودِ بِهِ نَفَذَ بِدَلِيلٍ من حَيْثُ الظَّاهِرُ وهو الشَّهَادَةُ الصَّادِقَةُ عِنْدَ الْقَاضِي فَلَا يُنْتَقَضُ الثَّابِتُ ظَاهِرًا بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ فَبَقِيَ الْقَضَاءُ مَاضِيًا على الصِّحَّةِ وَالْمُدَّعَى في يَدِ الْمُدَّعِي كما كان
وَالثَّانِي أَنَّ الشَّاهِدَ في الرُّجُوعِ عن شَهَادَتِهِ مُتَّهَمٌ في حَقِّ الْمَشْهُودِ له لِجَوَازِ أَنَّ الْمَشْهُودَ عليه غَرَّهُ بِمَالٍ أو غَيْرِهِ لِيَرْجِعَ عن شَهَادَتِهِ فَيَظْهَرَ كَذِبُ الْمُدَّعِي في دَعْوَاهُ فلم يُصَدَّقْ في الرُّجُوعِ في حَقِّ الْمَشْهُودِ له لِلتُّهْمَةِ إذْ التُّهْمَةُ كما تَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ تَمْنَعُ صِحَّةَ الرُّجُوعِ عن الشَّهَادَةِ فلم يَصِحَّ الرُّجُوعُ في حَقِّهِ فلم يُنْقَضْ الْقَضَاءُ وَلَا يُسْتَرَدُّ الْمُدَّعَى من يَدِهِ وَمَعْنَى التُّهْمَةِ لَا يُتَوَهَّمُ في الْمَشْهُودِ عليه فَصَحَّ الرُّجُوعُ في حَقِّه إلَّا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إظْهَارُ الصِّحَّةِ في نَقْضِ الْقَضَاءِ وَالتَّوَصُّلِ إلَى عَيْنِ الْمَشْهُودِ بِهِ فَيَظْهَرُ في التَّوَصُّلِ إلَى بَدَلِهِ رِعَايَةً لِلْجَوَانِبِ كُلِّهَا وإذا رَجَعَا قبل الْقَضَاءِ لَا يَضْمَنَانِ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَا تَصِيرُ حُجَّةً إلَّا بِالْقَضَاءِ فَلَا تَقَعُ تَسْبِيبًا إلَى الْإِتْلَافِ بِدُونِهِ
وَعَلَى هذا إذَا شَهِدَا على رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ فَقَضَى الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِمَا ثُمَّ رَجَعَا إنْ كان الطَّلَاقُ بَعْدَ الدُّخُولِ بِأَنْ كان الزَّوْجُ مُقِرًّا بِالدُّخُولِ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا لِانْعِدَامِ الْإِتْلَافِ لِأَنَّ الْمَهْرَ يَجِبُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَيَتَأَكَّدُ بِالدُّخُولِ لَا بِشَهَادَتِهِمَا فلم تَقَعْ شَهَادَتُهُمَا إتْلَافًا فلم يَجِبْ الضَّمَانُ
وَإِنْ كان الطَّلَاقُ قبل الدُّخُولِ فَقَضَى الْقَاضِي بِنِصْفِ الْمَهْرِ بِأَنْ كان الْمَهْرُ

مُسَمًّى أوبالمتعة بِأَنْ لم يَكُنْ الْمَهْرُ مُسَمًّى ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا ذلك لِلزَّوْجِ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمَا وَإِنْ لم تُوجِبْ على الزَّوْجِ شيئا من الْمَهْرِ لَكِنَّهَا أَكَّدَتْ الْوَاجِبَ لِأَنَّ الْوَاجِبَ قبل الدُّخُولِ كان مُحْتَمِلًا لِلسُّقُوطِ بِأَنْ جَاءَتْ الْفُرْقَةُ من قِبَلِهَا وَبِشَهَادَتِهِمَا بِالطَّلَاقِ تَأَكَّدَ الْوَاجِبُ عليه على وَجْهٍ لَا يَحْتَمِلُ السُّقُوطَ بَعْدَهُ أَصْلًا فَصَارَتْ شَهَادَتُهُمَا مُؤَكِّدَةً لِلْوَاجِبِ وَالْمُؤَكِّدُ لِلْوَاجِبِ بِمَنْزِلَةِ الْوَاجِبِ في الشَّرْعِ كَالْمُحْرِمِ إذَا أَخَذَ صَيْدًا فَذَبَحَهُ رَجُلٌ في يَدِهِ يَجِبُ الْجَزَاءُ على الْآخِذِ وَيَرْجِعُ الْآخِذُ بِذَلِكَ على الْقَاتِلِ لِوُقُوعِ الْقَتْلِ منه تَأْكِيدًا لِلْجَزَاءِ الْوَاجِبِ على الْمُحْرِمِ إذْ لَوْلَا ذَبْحُهُ لَاحْتَمَلَ السُّقُوطَ بِالْإِرْسَالِ فَهُوَ بِالذَّبْحِ أَكَّدَ الْوَاجِبَ عليه فَنَزَلَ الْمُؤَكِّدُ منه مَنْزِلَةَ الْوَاجِبِ كَذَا هذا

وَعَلَى هذا إذَا شَهِدَا على رَجُلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدًا أو أَمَةً له وهو يُنْكِرُ فَقَضَى الْقَاضِي ثُمَّ رَجَعَا يَضْمَنَانِ قِيمَةَ الْعَبْدِ أو الْأَمَةِ لِمَوْلَاهُ لِأَنَّهُمَا بِشَهَادَتِهِمَا أَتْلَفَا عليه مَالِيَّةَ الْعَبْدِ أو الْأَمَةِ فَيَضْمَنَانِ وَيَكُونُ وَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ نَفَذَ عليه وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ

فَإِنْ قِيلَ هذا إتْلَافٌ بِعِوَضٍ وهو الْوَلَاءُ فَلَا يُوجِبُ الضَّمَانَ

قِيلَ له الْوَلَاءُ لَا يَصْلُحُ عِوَضًا لِأَنَّهُ ليس بِمَالٍ وَإِنَّمَا هو من أَسْبَابِ الْإِرْثِ فَكَانَ هذا إتْلَافًا بِغَيْرِ عِوَضٍ فَيُوجِبُ الضَّمَانَ

وَلَوْ شَهِدَا على إقْرَارِ الْمَوْلَى أَنَّ هذه الْأَمَةَ وَلَدَتْ منه وهو مُنْكِرٌ فَقَضَى الْقَاضِي بِذَلِكَ ثُمَّ رَجَعَا فَنَقُولُ هذا في الْأَصْلِ لَا يَخْلُو من

أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا إن لم يَكُنْ مَعَهَا وَلَدٌ
وَإِمَّا إن كان مَعَهَا وَلَدٌ وَكُلُّ ذلك لَا يَخْلُو إمَّا إن رَجَعَا في حَالِ حَيَاةِ الْمَوْلَى وَإِمَّا إن رَجَعَا بَعْدَ وَفَاتِهِ

أَمَّا إذَا لم يَكُنْ مَعَهَا وَلَدٌ وَرَجَعَا في حَالِ حَيَاةِ الْمَوْلَى يَضْمَنَانِ لِلْمَوْلَى نُقْصَانَ قِيمَتِهَا فَتُقَوَّمُ أَمَةً قِنًّا وَتُقَوَّمُ أُمَّ وَلَدٍ لو جَازَ بَيْعُهَا فَيَضْمَنَانِ النُّقْصَانَ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا عليه بِشَهَادَتِهِمَا هذا الْقَدْرَ حَالَ حَيَاتِهِ فَيَضْمَنَانِهِ فإذا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَتْ الْجَارِيَةُ لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدِهِ وَأُمُّ الْوَلَدِ تَعْتِقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا وَيَضْمَنَانِ بَقِيَّةَ قِيمَتِهَا لِلْوَرَثَةِ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا بِشَهَادَتِهِمَا كُلَّ الْجَارِيَةِ لَكِنَّ بَعْضَهَا في حَالِ الْحَيَاةِ وَالْبَاقِي بَعْدَ الْوَفَاةِ فَيَضْمَنَانِ كَذَلِكَ

وَإِنْ كان مَعَهَا وَلَدٌ وَرَجَعَا في حَالِ حَيَاةِ الْمَوْلَى فَإِنَّهُمَا يَضْمَنَانِ قِيمَةَ الْوَلَدِ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَاهُ عليه

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْلَا شَهَادَتُهُمَا لَكَانَ الْوَلَدُ عَبْدًا له فَهُمَا بِشَهَادَتِهِمَا أَتْلَفَاهُ عليه فَعَلَيْهِمَا الضَّمَانُ وَعَلَيْهِمَا ضَمَانُ نُقْصَانِ قِيمَةِ الْأُمِّ أَيْضًا لِمَا قُلْنَا فإذا مَاتَ الْمَوْلَى بَعْدَ ذلك لم يَكُنْ مع الْوَلَدِ شَرِيكٌ في الْمِيرَاثِ فَلَا يَضْمَنَانِ له شيئا وَيَرْجِعَانِ على الْوَلَدِ بِمَا قَبَضَ الْأَبُ مِنْهُمَا لِأَنَّ في زَعْمِ الولد أن رُجُوعَهُمَا بَاطِلٌ وَأَنَّ ما أَخَذَ الْأَبُ مِنْهُمَا أَخَذَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ فَصَارَ مَضْمُونًا عليه فَيُؤَدِّي من تَرِكَتِهِ إنْ كانت له تَرِكَةٌ وَإِنْ لم يَكُنْ له تَرِكَةٌ فَلَا ضَمَانَ على الْوَلَدِ لِأَنَّ من أَقَرَّ على مُوَرِّثِهِ بِدَيْنٍ وَلَيْسَ لِلْمَيِّتِ تَرِكَةٌ لَا يُؤْخَذُ من مَالِ الْوَارِثِ

وَإِنْ كان معه أَخٌ فَإِنَّهُمَا يَضْمَنَانِ لِلْأَخِ نِصْفَ الْبَقِيَّةِ من قِيمَتِهَا لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا عليه ذَلِكَ الْقَدْرَ وَيَرْجِعَانِ على الْوَلَدِ بِمَا أَخَذَهُ الْأَبُ مِنْهُمَا لِمَا قُلْنَا وَلَا يَرْجِعَانِ بِمَا

قَبَضَ الْأَخُ لِأَنَّ الْأَخَ ظَلَمَ عَلَيْهِمَا في زَعْمِهِمَا فَلَيْسَ لَهُمَا أَنْ يَظْلِمَا عليه وَلَا ضَمَانَ لِلْأَخِ ما أَخَذَ هذا من الْمِيرَاثِ لِأَنَّهُمَا ما أَتْلَفَا عليه الْمِيرَاثَ لِمَا نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
هذا إذَا كان الرُّجُوعُ في حَالِ حَيَاةِ الْمَوْلَى فَأَمَّا إذَا كان بَعْدَ وَفَاتِهِ فَإِنْ لم يَكُنْ مع الْوَلَدِ شَرِيكٌ في الْمِيرَاثِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا لِأَنَّ الْوَلَدَ يُكَذِّبُهُمَا في الرُّجُوعِ وَإِنْ كان معه شَرِيكٌ في الْمِيرَاثِ فَإِنَّهُمَا يَضْمَنَانِ لِلْأَخِ نِصْفَ الْبَقِيَّةِ من قِيمَتِهِمَا لِمَا قُلْنَا وَيَضْمَنَانِ لِلْأَخِ نِصْفَ قِيمَةِ الْوَلَدِ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا عليه نِصْفَ الْوَلَدِ وَلَا يَضْمَنَانِ له ما أَخَذَ هذا الْوَلَدُ من الْمِيرَاثِ لِمَا قُلْنَا وَلَا يَرْجِعَانِ على الْوَلَدِ هَهُنَا لِأَنَّ هذا ظُلْمٌ لِلْأَخِ في زَعْمِهِمَا فَلَيْسَ لَهُمَا أَنْ يَظْلِمَا الْوَلَدَ
هذا إذَا كانت الشَّهَادَةُ في حَالِ حَيَاةِ الْمَوْلَى وَالرُّجُوعُ عليه في حَالِ حَيَاتِهِ أو بَعْدَ وَفَاتِهِ فَأَمَّا إذَا كانت الشَّهَادَةُ بَعْدَ وَفَاتِهِ بِأَنْ مَاتَ رَجُلٌ وَتَرَكَ ابْنًا وَعَبْدًا وَأَمَةً وَتَرِكَةً فَشَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّ هذا الْعَبْدَ وَلَدَتْهُ هذه الْأَمَةُ من الْمَيِّتِ وَصَدَّقَهُمَا الْوَلَدُ وَالْأَمَةُ وَأَنْكَرَ الِابْنُ فَقَضَى الْقَاضِي بِذَلِكَ وَجَعَلَ الْمِيرَاثَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ رَجَعَا يَضْمَنَانِ قِيمَةَ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ وَنِصْفَ الْمِيرَاثِ لِلِابْنِ فُرِّقَ بين حَالِ الْحَيَاةِ وَبَيْنَ حَالِ الْمَمَاتِ فإن هُنَاكَ لَا يَضْمَنَانِ الْمِيرَاثَ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الشَّهَادَةَ بِالنَّسَبِ حَالَ الْحَيَاةِ لَا تَكُونُ شَهَادَةً بِالْمَالِ وَالْمِيرَاثِ لَا مَحَالَةَ لِأَنَّهُ يَجُوزُ فيه التَّقَدُّمُ وَالتَّأَخُّرُ فَمِنْ الْجَائِزِ أَنْ يَمُوتَ الْأَبُ أَوَّلًا فَيَرِثَهُ الِابْنُ كما يَجُوزُ أَنْ يَمُوتَ الِابْنُ أَوَّلًا وَيَرِثَهُ الْأَبُ فلم تَكُنْ الشَّهَادَةُ بِالنَّسَبِ شَهَادَةً بِالْمَالِ وَالْمِيرَاثِ لَا مَحَالَةَ فَلَا تَتَحَقَّقُ الشَّهَادَةُ إتْلَافًا لِلْمَالِ فَلَا يَضْمَنَانِ بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ فَإِنَّهَا شَهَادَةٌ بِالْمَالِ لَا مَحَالَةَ فَقَدْ أَتْلَفَا عليه نِصْفَ الْمِيرَاثِ فَيَضْمَنَانِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ دَبَّرَ عَبْدَهُ فَقَضَى الْقَاضِي بِذَلِكَ ثُمَّ رَجَعَا يَضْمَنَانِ لِلْمَوْلَى نُقْصَانَ التَّدْبِيرِ فَيُقَوَّمُ قِنًّا وَيُقَوَّمُ مُدَبَّرًا فَيَضْمَنَانِ النُّقْصَانَ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا عليه حَالَ حَيَاتِهِ بِشَهَادَتِهِمَا هذا الْقَدْرَ فَيَضْمَنَانِهِ فإذا مَاتَ الْمَوْلَى بَعْدَ ذلك عَتَقَ الْعَبْدُ كُلُّهُ إنْ كان يَخْرُجُ من الثُّلُثِ وَلَا سِعَايَةَ عليه لِأَنَّهُ مُدَبَّرُهُ وَيَضْمَنَانِ لِلْوَرَثَةِ بَقِيَّةَ قِيمَتِهِ عَبْدًا لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا بِشَهَادَتِهِمَا بَقِيَّةَ مَالِيَّتِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ إعْتَاقٌ بَعْدَ الْمَوْتِ وَلَوْ لم يَكُنْ له مَالٌ سِوَى الْمُدَبَّرِ عَتَقَ عليه مَجَّانًا لِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ فَيُعْتَبَرُ بِسَائِرِ الْوَصَايَا وَيَسْعَى في ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ عَبْدًا قِنًّا لِلْوَرَثَةِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ فِيمَا زَادَ على الثُّلُثِ لَا تَنْفُذُ من غَيْرِ إجَازَةِ الْوَرَثَةِ وَيَضْمَنُ الشاهدان لِلْوَرَثَةِ ثُلُثَ قِيمَتِهِ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا عليه بِشَهَادَتِهِمَا ثُلُثَ الْعَبْدِ
هذا إذَا كانت السِّعَايَةُ تَخْرُجُ من ثُلُثِ الْعَبْدِ فَإِنْ كانت لَا تَخْرُجُ بِأَنْ كان مُعْسِرًا فَإِنَّهُمَا يَضْمَنَانِ جَمِيعَ قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا ثُمَّ يَرْجِعَانِ على الْعَبْدِ بِثُلُثَيْ قِيمَتِهِ إذَا أَيْسَرَ

وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ قال لِعَبْدِهِ إنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ وَشَهِدَ آخَرَانِ بِالدُّخُولِ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ على شُهُودِ الْيَمِينِ لِأَنَّ الْعِتْقَ ثَبَتَ بِقَوْلِهِ أنت حُرٌّ وَإِنَّمَا الدُّخُولُ شَرْطٌ وَالْحُكْمُ يُضَافُ إلَى الْعِتْقِ لَا إلَى الشَّرْطِ فَكَانَ التَّلَفُ حَاصِلًا بِشَهَادَتِهِمَا فَكَانَ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا
وَكَذَلِكَ إذَا شَهِدَا أَنَّهُ قال لِامْرَأَتِهِ إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَشَهِدَ آخَرَانِ بِالدُّخُولِ ثُمَّ رَجَعُوا لِمَا قُلْنَا
وَكَذَلِكَ لو شَهِدَا على رَجُلٍ

بِالزِّنَا وَشَهِدَ آخَرَانِ بِالْإِحْصَانِ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ على شُهُودِ الزِّنَا لَا على شُهُودِ الْإِحْصَانِ لِأَنَّ الْإِحْصَانَ شَرْطٌ

وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ قَتَلَ فُلَانًا خَطَأً وَقَضَى الْقَاضِي ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا الدِّيَةَ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَاهَا عليه وَتَكُونُ في مَالِهِمَا لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مِنْهُمَا بِمَنْزِلَةِ الْإِقْرَارِ مِنْهُمَا بِالْإِتْلَافِ وَالْعَاقِلَةُ لَا تَعْقِلُ الْإِقْرَارَ كما لو أقر (((أقرا))) صَرِيحًا وَلِهَذَا لو رَجَعَا في حَالِ الْمَرَضِ اُعْتُبِرَ إقرار (((إقرارا))) بِالدَّيْنِ حتى يَقْدَمَ عليه دَيْنُ الصِّحَّةِ كما في سَائِرِ الْأَقَارِيرِ

وَكَذَا لو شَهِدَا أَنَّهُ قَطَعَ يَدَ فُلَانٍ خَطَأً وَقَضَى الْقَاضِي ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا دِيَةَ الْيَدِ لِمَا قُلْنَا

وَكَذَا لو شَهِدَا عليه بِالسَّرِقَةِ فَقَضَى عليه بِالْقَطْعِ فَقُطِعَتْ يَدُهُ ثُمَّ رَجَعَا فَقَدْ رُوِيَ أَنَّ شَاهِدَيْنِ شَهِدَا عِنْدَ سَيِّدِنَا عَلِيٍّ كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ على رَجُلٍ بِالسَّرِقَةِ فَقَضَى عليه بِالْقَطْعِ فَقُطِعَتْ يَدُهُ ثُمَّ جاء الشَّاهِدَانِ بِآخَرَ فَقَالَا أَوْهَمْنَا أَنَّ السَّارِقَ هذا يا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ فقال سَيِّدُنَا عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه لَا أُصَدِّقُكُمَا على هذا وَأُغَرِّمُكُمَا دِيَةَ يَدِ الْأَوَّلِ وَلَوْ عَلِمْتَ أَنَّكُمَا تَعَمَّدْتُمَا لَقَطَعْتُ أَيْدِيَكُمَا وكان ذلك بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ ولم يُنْكِرْ عليه أَحَدٌ فَكَانَ إجْمَاعًا

وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ قَتَلَ فُلَانًا عَمْدًا فَقَضَى الْقَاضِي وَقُتِلَ ثُمَّ رَجَعَا فَعَلَيْهِمَا الدِّيَةُ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ

وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا شَهِدَا أَنَّهُ قَطَعَ يَدَ فُلَانٍ

وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ شَهَادَتَهُمَا وَقَعَتْ قَتْلًا تَسْبِيبًا لِأَنَّهَا تُفْضِي إلَى وُجُوبِ الْقِصَاصِ وأنه يُفْضِي إلَى الْقَتْلِ فَكَانَتْ شَهَادَتُهُمَا تَسْبِيبًا إلَى الْقَتْلِ وَالتَّسْبِيبُ في بَابِ الْقِصَاصِ في مَعْنَى الْمُبَاشَرَةِ كَالْإِكْرَاهِ على الْقَتْلِ

وَلَنَا أَنْ نُسَلِّمَ أَنَّ الشَّهَادَةَ وَقَعَتْ تَسْبِيبًا إلَى الْقَتْلِ لَكِنَّ وُجُوبَ الْقِصَاصِ يَتَعَلَّقُ بِالْقَتْلِ مُبَاشَرَةً لَا تَسْبِيبًا لِأَنَّ ضَمَانَ الْعُدْوَانِ الْوَارِدِ على حَقِّ الْعَبْدِ مُقَيَّدٌ بِالْمِثْلِ شَرْعًا وَلَا مُمَاثَلَةَ بين الْقَتْلِ مُبَاشَرَةً وَبَيْنَ الْقَتْلِ تَسْبِيبًا بِخِلَافِ الْإِكْرَاهِ على الْقَتْلِ لِأَنَّ الْقَاتِلَ هو الْمُكْرِهُ مُبَاشَرَةً لَكِنْ بِيَدِ الْمُكْرَهِ وهو كَالْآلَةِ وَالْفِعْلُ لِمُسْتَعْمِلِ الْآلَةِ لَا لِلْآلَةِ على ما عُرِفَ على أَنَّ ذلك وَإِنْ كان قَتْلًا تَسْبِيبًا فَهُوَ مَخْصُوصٌ عن نُصُوصِ الْمُمَاثَلَةِ فَمَنْ ادَّعَى تَخْصِيصَ الْفَرْعِ يَحْتَاجُ إلَى الدَّلِيلِ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا شَهِدَا على وَلِيِّ الْقَتِيلِ أَنَّهُ عَفَا عن الْقَتْلِ وَقَضَى الْقَاضِي ثُمَّ رَجَعَا أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ مِنْهُمَا إتْلَافُ الْمَالِ وَلَا النَّفْسِ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمَا قَامَتْ على الْعَفْوِ عن الْقِصَاصِ وَالْقِصَاصُ لَيس بِمَالٍ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو أَكْرَهَ رَجُلًا على الْعَفْوِ عن الْقِصَاصِ فَعَفَا لَا يَضْمَنُ الْمُكْرِهُ وَلَوْ كان الْقِصَاصُ مَالًا يَضْمَنُ لِأَنَّ الْمُكْرِهَ يَضْمَنُ بِالْإِكْرَاهِ على إتْلَافِ الْمَالِ

وَكَذَا من وَجَبَ له الْقِصَاصُ وهو مَرِيضٌ فَعَفَا ثُمَّ مَاتَ في مَرَضِهِ ذلك لَا يُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ وَلَوْ كان مَالًا اُعْتُبِرَ من الثُّلُثِ كما إذَا تَبَرَّعَ في مَرَضِهِ

وَعَنْ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُمَا يَضْمَنَانِ الدِّيَةَ لِوَلِيِّ الْقَتِيلِ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمَا إتْلَافٌ لِلنَّفْسِ لِأَنَّ نَفْسَ الْقَاتِلِ تَصِيرُ مَمْلُوكَةً لِوَلِيِّ الْقَتِيلِ في حَقِّ الْقِصَاصِ فَقَدْ أَتْلَفَا بِشَهَادَتِهِمَا على الْمَوْلَى نَفْسًا تُسَاوِي أَلْفَ دِينَارٍ أو عَشَرَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ فَيَضْمَنَانِ وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ نَفْسَ الْقَاتِلِ تَصِيرُ مَمْلُوكَةً لِوَلِيِّ الْقَتِيلِ بَلْ الثَّابِتُ له مِلْكُ الْفِعْلِ لَا مِلْكُ الْمَحَلِّ لِأَنَّ في الْمَحَلِّ ما يُنَافِي الْمِلْكَ لِمَا عُلِمَ في مَسَائِلِ الْقِصَاصِ فلم تَقَعْ شَهَادَتُهُمَا إتْلَافَ النَّفْسِ وَلَا

إتْلَافَ الْمَالِ فَلَا يَضْمَنَانِ
وَلَوْ شَهِدَا أَنَّ هذا الْغُلَامَ ابن هذا الرَّجُلِ وَالْأَبُ يَجْحَدُهُ فَقَضَى الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِمَا ثُمَّ رَجَعَا لَا يَبْطُلُ النَّسَبُ وَلَا ضَمَانَ على الشَّاهِدَيْنِ لِانْعِدَامِ إتْلَافِ الْمَالِ مِنْهُمَا
وَأَمَّا شَرَائِطُ الْوُجُوبِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ الرُّجُوعُ بَعْدَ الْقَضَاءِ فَإِنْ كان قَبْلَهُ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الرُّكْنَ في وُجُوبِ الضَّمَانِ بِالشَّهَادَةِ وُقُوعُ الشَّهَادَةِ إتْلَافًا وَلَا تَصِيرُ إتْلَافًا إلَّا إذَا صَارَتْ حُجَّةً وَلَا تَصِيرُ حُجَّةً إلَّا بِالْقَضَاءِ فَلَا تَصِيرُ إتْلَافًا إلَّا بِهِ
وَمِنْهَا مَجْلِسُ الْقَضَاءِ فَلَا عِبْرَةَ بِالرُّجُوعِ عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي كما لَا عِبْرَةَ بِالشَّهَادَةِ عِنْدَ غَيْرِهِ حتى لو أَقَامَ الْمُدَّعَى عليه الْبَيِّنَةَ على رُجُوعِهِمَا لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ وَكَذَا لَا يَمِينَ عَلَيْهِمَا إذَا أَنْكَرَ الرُّجُوعَ إلَّا إذَا حَكَيَا عِنْد الْقَاضِي رُجُوعَهُمَا عِنْدَ غَيْرِهِ فَيُعْتَبَرُ رُجُوعُهُمَا لِأَنَّ ذلك بِمَنْزِلَةِ إنْشَاءِ رُجُوعِهِمَا عِنْدَ الْقَاضِي فَكَانَ مُعْتَبَرًا
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمُتْلَفُ بِالشَّهَادَةِ عَيْنَ مَالٍ حتى لو كان مَنْفَعَةً لَا يَجِبُ الضَّمَانُ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الْمَنَافِعَ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ بِالْإِتْلَافِ عِنْدَنَا
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا شَهِدَا أَنَّهُ تَزَوَّجَ هذه الْمَرْأَةَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَمَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفَانِ وَهِيَ تُنْكِرُ فَقَضَى الْقَاضِي بِالنِّكَاحِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ رَجَعَا لَا يَضْمَنَانِ لِلْمَرْأَةِ شيئا لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا عليها مَنْفَعَةَ الْبُضْعِ وَالْمَنْفَعَةُ لَيْسَتْ بِعَيْنِ مَالٍ حَقِيقَةً وَإِنَّمَا يُعْطَى لها حُكْمُ الْأَمْوَالِ بِعَارِضِ عَقْدِ الْإِجَارَةِ
وَكَذَا لو ادَّعَتْ امْرَأَةٌ على رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَهَا على أَلْفِ دِرْهَمٍ وَالزَّوْجُ يُنْكِرُ فَشَهِدَ شَاهِدَانِ فَقَضَى الْقَاضِي ثُمَّ رَجَعَا لم يَضْمَنَا لِلزَّوْجِ شيئا لِأَنَّهُمَا بِشَهَادَتِهِمَا

أَتْلَفَا على الزَّوْجِ الْمَنْفَعَةَ لَا عَيْنَ الْمَالِ
وَعَلَى هذا لو ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّهُ اسْتَأْجَرَ هذه الدَّابَّةَ من فُلَانٍ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَأَجْرُ مِثْلِهَا مِائَةُ دِرْهَمٍ وَالْمُؤَجِّرُ يُنْكِرُ فَشَهِدَ شَاهِدَانِ وَقَضَى الْقَاضِي ثُمَّ رَجَعَا لَا يَضْمَنَانِ لِلْمُؤَجِّرِ شيئا لِأَنَّهُمَا بِشَهَادَتِهِمَا الْمَنْفَعَةَ لَا عَيْنَ الْمَالِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ إتْلَافُ الْمَالِ بِغَيْرِ عِوَضٍ فَإِنْ كان بِعِوَضٍ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ سَوَاءٌ كان الْعِوَضُ عَيْنَ مَالٍ أو مَنْفَعَةً لها حُكْمُ عَيْنِ الْمَالِ لِأَنَّ الْإِتْلَافَ بِعِوَضٍ يَكُونُ إتْلَافًا صُورَةً لَا مَعْنًى وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا ادَّعَى رَجُلٌ على رَجُلٍ أَنَّهُ بَاعَ عَبْدَهُ منه بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُ فَشَهِدَ شَاهِدَانِ بِذَلِكَ وَقَضَى الْقَاضِي ثُمَّ رَجَعَا أَنَّهُ يُنْظَرُ إنْ كانت قِيمَةُ الْعَبْدِ أَلْفًا أو أَكْثَرَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّ شَهَادَتَهُمَا وَقَعَتْ إتْلَافًا بِعِوَضٍ فَلَا يَكُونُ إتْلَافًا مَعْنًى فَلَا يُوجَبُ الضَّمَانُ وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَقَلَّ من أَلْفٍ يَضْمَنَانِ الزِّيَادَةَ له لِوُقُوعِ الشَّهَادَةِ إتْلَافًا بِقَدْرِ الزِّيَادَةِ وَلَوْ كانت الدَّعْوَى من الْمُشْتَرِي وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا إنْ كانت قِيمَتُهُ مِثْلَ الثَّمَنِ الْمَذْكُورِ أو أَقَلَّ لَا ضَمَانَ على الشَّاهِدَيْنِ لِلْبَائِعِ لِمَا قُلْنَا وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَكْثَرَ من أَلْفٍ يَضْمَنَانِ الزِّيَادَةَ لِلْبَائِعِ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمَا وَقَعَتْ إتْلَافًا بِغَيْرِ الزِّيَادَةِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا ادَّعَتْ امْرَأَةٌ على رَجُلٍ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا على أَلْفِ دِرْهَمٍ

وَالرَّجُلُ يُنْكِرُ فَشَهِدَ لها شَاهِدَانِ بِذَلِكَ وَقَضَى الْقَاضِي بِالنِّكَاحِ بِأَلْفٍ ثُمَّ رَجَعَا أَنَّهُ يَنْظُرُ إنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفًا أو أَكْثَرَ من ذلك لم يَضْمَنَا لِلزَّوْجِ شيئا وَإِنْ أَتْلَفَا عليه عَيْنَ الْمَالِ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَاهَا بِعِوَضٍ له حُكْمُ عَيْنِ الْمَالِ وهو الْبُضْعُ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ مَالًا حَالَ دُخُولِهِ في مِلْكِ الزَّوْجِ بِدَلِيلِ أَنَّ الْأَبَ يَمْلِكُ أَنْ يُزَوِّجَ من ابْنِهِ امْرَأَةً وَلَوْ لم يُعْتَبَرْ الْبُضْعُ مَالًا حَالَ دُخُولِهِ في مِلْكِ الزَّوْجِ لِمَا مَلَكَ لِأَنَّ الْأَبَ لَا يَمْلِكُ على ابْنِهِ مُعَاوَضَةَ مَالٍ بِمَا ليس بِمَالٍ

وَكَذَلِكَ الْمَرِيضُ إذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً على أَلْفِ دِرْهَمٍ وَذَلِكَ مَهْرُ مِثْلِهَا لَا يُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ بَلْ من جَمِيعِ الْمَالِ وَلَوْ لم يَكُنْ الْبُضْعُ في حُكْمِ الْمَالِ في حَالِ الدُّخُولِ في مِلْكِ الزَّوْجِ لَاعْتُبِرَ من الثُّلُثِ كَالتَّبَرُّعِ دَلَّ أَنَّ الْبُضْعَ يُعْتَبَرُ مَالًا في حَقِّ الزَّوْجِ حَالَ دُخُولِهِ في مِلْكِهِ فَكَانَ الْإِتْلَافُ بِعِوَضٍ هو في حُكْمِ عَيْنِ الْمَالِ فَلَا يَكُونُ إتْلَافًا مَعْنًى وَإِنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا أَقَلَّ من أَلْفِ دِرْهَمٍ يَضْمَنَانِ الزِّيَادَةَ على مَهْرِ الْمِثْلِ لِلزَّوْجِ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا الزِّيَادَةَ عليه من غَيْرِ عِوَضٍ أَصْلًا وَهَذَا بِخِلَافِ ما إذَا ادَّعَى رَجُلٌ على امْرَأَةٍ أَنَّهُ طَلَّقَهَا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَالْمَرْأَةُ تُنْكِرُ فَشَهِدَ شَاهِدَانِ بِذَلِكَ وَقَضَى الْقَاضِي عليها بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ رَجَعَا أَنَّهُمَا يَضْمَنَانِ لِلْمَرْأَةِ أَلْفَ دِرْهَمٍ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا عليها عَيْنَ الْمَالِ بِغَيْرِ عِوَضٍ أَصْلًا لِأَنَّ الْبُضْعَ حَالَ خُرُوجِهِ عن مِلْكِ الزَّوْجِ لَا يُعْتَبَرُ مَالًا بِدَلِيلِ أَنَّ الْأَبَ لَا يَمْلِكُ أَنْ يَخْلَعَ من ابْنَتِهِ الصَّغِيرَةِ على مَالٍ وَلَوْ فَعَلَ وَأَدَّى من مَالِهَا يَضْمَنُ وَلَوْ كان مَالًا لَمَلَكَ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ عليها مُعَاوَضَةَ مَالٍ بِمَالٍ

وَكَذَلِكَ الْمَرِيضَةُ إذَا اخْتَلَعَتْ من نَفْسِهَا حَالَ مَرَضِهَا على مَالٍ يُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ كَالْوَصِيَّةِ وَلَوْ كان له حُكْمُ الْمَالِ لَاعْتُبِرَ من جَمِيعِ الْمَالِ كما في سَائِرِ مُعَاوَضَاتِ الْمَالِ بِالْمَالِ

وإذا لم يَكُنْ له حُكْمُ الْمَالِ حَالَ الْخُرُوجِ عن مِلْكِ الزَّوْجِ حَصَلَتْ شَهَادَتُهُمَا إتْلَافًا عَلَيْهِمَا من عِوَضٍ أَصْلًا فَيَجِبُ الضَّمَانُ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّهُ آجَرَ دَارِهِ من فُلَانٍ شَهْرًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَالْمُسْتَأْجِرُ يُنْكِرُ فَشَهِدَ شَاهِدَانِ بِذَلِكَ وَقَضَى الْقَاضِي ثُمَّ رَجَعَا فَأَمَّا إنْ كان في أَوَّلِ الْمُدَّةِ يَنْظُرُ إنْ كان أَجْرَةُ الدَّارِ مِثْلَ الْمُسَمَّى لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا لِلْمُسْتَأْجِرِ

وَلَوْ أَتْلَفَا عليه عَيْنَ مَالٍ لَكِنْ بِعِوَضٍ له حُكْمُ عَيْنِ الْمَالِ وهو الْمَنْفَعَةُ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ في بَابِ الْإِجَارَةِ لها حُكْمُ عَيْنِ الْمَالِ

وَإِنْ كانت أَجْرَةُ مِثْلِهَا أَقَلَّ من الْمُسَمَّى فَإِنَّهُمَا يَضْمَنَانِ الزِّيَادَةَ لِأَنَّ التَّلَفَ بِقَدْرِ الزِّيَادَةِ حَصَلَ بِغَيْرِ عِوَضٍ أَصْلًا

وَإِنْ كانت الدَّعْوَى بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ فَعَلَيْهِمَا ضَمَانُ الْأُجْرَةِ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا عليه من غَيْرِ عِوَضٍ أَصْلًا فَكَانَ مَضْمُونًا عَلَيْهِمَا وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ على الْقَاتِلِ أَنَّهُ صَالَحَ وَلِيَّ الْقَتِيلِ على مَالٍ وَالْقَاتِلُ يُنْكِرُ فَقَضَى الْقَاضِي بِذَلِكَ ثُمَّ رَجَعَا أَنَّهُمَا لَا يَضْمَنَانِ شيئا لِلْقَاتِلِ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا عليه عَيْنَ مَالٍ بِعِوَضٍ وهو النَّفْسُ لِأَنَّ النَّفْسَ تَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ عِوَضًا بِدَلِيلِ أَنَّ الْمَرِيضَ وَجَبَ عليه الْقِصَاصُ فَصَالَحَ الْوَلِيَّ على الدِّيَةِ جَازَ وَلَا تُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ بَلْ من جَمِيعِ الْمَالِ وَلَوْ لم تَصْلُحْ النَّفْسُ عِوَضًا لَاعْتُبِرَ من الثُّلُثِ دَلَّ أَنَّ هذا إتْلَافٌ بِعِوَضٍ فَلَا يُوجِبُ الضَّمَانُ إلَّا إذَا شَهِدَا على الصُّلْحِ بِأَكْثَرَ من الدِّيَةِ فَيَضْمَنَانِ الزِّيَادَةَ على الدِّيَةِ لِلْقَاتِلِ لِأَنَّ تَلَفَ الزِّيَادَةِ حَصَلَ بِغَيْرِ عِوَضٍ وَيُمْكِنُ تَخَرُّجُ هذه الْمَسَائِلِ على فَصْلِ التَّسَبُّبِ لِأَنَّ ما قَابَلَهُ عِوَضٌ لَا يَكُونُ إتْلَافًا مَعْنًى فلم يُوجَدْ سَبَبُ وُجُوبِ الضَّمَانِ فَلَا يَجِبُ فَافْهَمْ ذلك وَيَسْتَوِي في وُجُوبِ الضَّمَانِ الرُّجُوعُ

عن الشَّهَادَةِ وَالرُّجُوعُ على الشَّهَادَةِ حتى لو رَجَعَتْ الْفُرُوعُ وَثَبَتَ الْأُصُولُ يَجِبُ الضَّمَانُ على الْفُرُوعِ لِوُجُودِ الْإِتْلَافِ منهم لِوُجُودِ الشَّهَادَةِ منهم حَقِيقَةً وَلَوْ رَجَعَ الْأُصُولُ وَثَبَتَ الْفُرُوعُ فَلَا ضَمَانَ على الْفُرُوعِ لِانْعِدَامِ الرُّجُوعِ منهم وَهَلْ يَجِبُ الضَّمَانُ على الْأُصُولِ قال أبو حَنِيفَةَ وأبو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَجِبُ وقال مُحَمَّدٌ يَجِبُ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْفُرُوعَ لَا يَشْهَدُونَ بِشَهَادَةِ أَنْفُسِهِمْ وَإِنَّمَا يَفْعَلُونَ بِشَهَادَةِ الْأُصُولِ فإذا شَهِدُوا فَقَدْ أَظْهَرُوا شَهَادَتَهُمْ فَكَأَنَّهُمْ حَضَرُوا بِأَنْفُسِهِمْ وَشَهِدُوا ثُمَّ رَجَعُوا

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الشَّهَادَةَ وُجِدَتْ من الْفُرُوعِ لَا من الْأُصُولِ لِعَدَمِ الشَّهَادَةِ حَقِيقَةً فَإِنَّهُمْ لم يَشْهَدُوا حَقِيقَةً وَإِنَّمَا شَهِدَ الْفُرُوعُ وَهُمْ ثَابِتُونَ على شَهَادَتِهِمْ فلم يُوجَدْ الْإِتْلَافُ من الْأُصُولِ لِعَدَمِ الشَّهَادَةِ منهم حَقِيقَةً فَلَا يَضْمَنُونَ

وَعَلَى هذا إذَا رَجَعُوا جميعا فَالضَّمَانُ على الْفُرُوعِ عِنْدَهُمَا وَلَا شَيْءَ على الْأُصُولِ لِوُجُودِ الشَّهَادَةِ من الْفُرُوعِ حَقِيقَةً لَا من الْأُصُولِ وَعِنْدَهُ الْمَشْهُودُ عليه بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمِنَ الْفُرُوعَ وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْأُصُولَ لِوُجُودِ الشَّهَادَةِ من الْفَرِيقَيْنِ وَلَوْ لم يَرْجِعْ أَحَدٌ من الْفَرِيقَيْنِ وَلَكِنَّ الْأُصُولَ أَنْكَرُوا الْإِشْهَادَ فَلَا ضَمَانَ على أَحَدٍ لِانْعِدَامِ الرُّجُوعِ عن الشَّهَادَةِ وَيَسْتَوِي في وُجُوبِ ضَمَانِ الرُّجُوعِ رُجُوعُ الشُّهُودِ وَالْمُزَكِّينَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ حتى إنَّ الْمُزَكِّينَ لو زَكَّوْا الشُّهُودَ فَشَهِدُوا وَقَضَى الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِمْ ثُمَّ رَجَعَ الْمُزَكُّونَ ضَمِنُوا عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا رُجُوعُ الْمُزَكِّينَ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ رُجُوعَ الْمُزَكِّينَ بِمَنْزِلَةِ رُجُوعِ شُهُودِ الْإِحْصَانِ لِأَنَّ التَّزْكِيَةَ لَيْسَتْ إلَّا بِنَاءً عن الشُّهُودِ كَالشَّهَادَةِ على الصِّفَاتِ التي هِيَ خِصَالٌ حَمِيدَةٌ ثُمَّ الرُّجُوعُ عن الشَّهَادَةِ على الْإِحْصَانِ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ كَذَا هذا

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ التَّزْكِيَةَ في مَعْنَى الشَّهَادَةِ في وُجُوبِ الضَّمَانِ لِأَنَّ الرُّجُوعَ عن الشَّهَادَةِ إنَّمَا يُوجِبُ الضَّمَانَ لِوُقُوعِهِ إتْلَافًا وَإِنَّمَا يَصِيرُ إتْلَافًا بِالتَّزْكِيَةِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْلَا التَّزْكِيَةُ لَمَا وَجَبَ الْقَضَاءُ فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ عَامِلَةً بِالتَّزْكِيَةِ فَكَانَتْ التَّزْكِيَةُ في مَعْنَى عِلَّةِ فَكَانَتْ إتْلَافًا بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ على الْإِحْصَانِ لِأَنَّ الْإِحْصَانَ شَرْطُ كَوْنِ الزِّنَا عِلَّةً وَالْحُكْمُ لِلْعِلَّةِ لَا لِلشَّرْطِ

وَأَمَّا بَيَانُ مِقْدَارِ الْوَاجِبِ من الضَّمَانِ فَالْأَصْلُ أَنَّ مِقْدَارَ الْوَاجِبِ منه على قَدْرِ الْإِتْلَافِ لِأَنَّ سَبَبَ الْوُجُوبِ هو الْإِتْلَافُ وَالْحُكْمُ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الْعِلَّةِ وَالْعِبْرَةُ فيه لِبَقَاءِ من بَقِيَ من الشُّهُودِ بَعْدَ رُجُوعِ من رَجَعَ منهم فَإِنْ بَقِيَ منهم بَعْدَ الرُّجُوعِ من يَحْفَظُ الْحَقَّ كُلَّهُ فَلَا ضَمَانَ على أَحَدٍ لِانْعِدَامِ الْإِتْلَافِ أَصْلًا من أَحَدٍ وَإِنْ بَقِيَ منهم من يَحْفَظُ بَعْضَ الْحَقِّ وَجَبَ على الرَّاجِعِينَ ضَمَانُ قَدْرِ التَّالِفِ بِالْحِصَصِ فَنَقُولُ بَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ إذَا شَهِدَ رَجُلَانِ بِمَالٍ ثُمَّ رَجَعَ أَحَدُهُمَا عليه نِصْفُ الْمَالِ لِأَنَّ النِّصْفَ مَحْفُوظٌ بِشَهَادَةِ الْبَاقِي

وَلَوْ كانت الشُّهُودُ أَرْبَعَةً فَرَجَعَ وَاحِدٌ منهم لَا ضَمَانَ عليه وَكَذَا إذَا رَجَعَ اثْنَانِ لِأَنَّ الِاثْنَيْنِ يَحْفَظَانِ الْمَالَ وَلَوْ رَجَعَ منهم ثَلَاثَةٌ فَعَلَيْهِمْ نِصْفُ الْمَالِ لِأَنَّ النِّصْفَ عِنْدَنَا بِشَهَادَةِ شَاهِدٍ وَاحِدٍ

وَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ بِمَالٍ ثُمَّ رَجَعَ الرَّجُلُ غَرِمَ نِصْفَ الْمَالِ لِأَنَّ النِّصْفَ بَقِيَ بِثَبَاتِ الْمَرْأَتَيْنِ

وَلَوْ رَجَعَتْ الْمَرْأَتَانِ غَرِمَتَا نِصْفَ الْمَالِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِبَقَاءِ النِّصْفِ بِثَبَاتِ الرَّجُلِ وَلَوْ رَجَعَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ فَعَلَيْهِمَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمَالِ نِصْفُهُ على الرَّجُلِ وَرُبُعُهُ على الْمَرْأَةِ لِأَنَّ الْبَاقِيَ بِبَقَاءِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ الرُّبُعُ فَكَانَ التَّالِفُ بِشَهَادَةِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ ثَلَاثَةَ الْأَرْبَاعِ وَالرَّجُلُ ضِعْفُ الْمَرْأَةِ فَكَانَ عليها الرُّبُعُ وَعَلَى الرَّجُلِ النِّصْفُ وَلَوْ رَجَعُوا جميعا فَنِصْفُ الْمَالِ على الرَّجُلِ وَالنِّصْفُ على الْمَرْأَتَيْنِ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ

وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَةٌ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ على الرَّجُلَيْنِ وَلَا شَيْءَ على الْمَرْأَةِ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ الْوَاحِدَةَ في الشَّهَادَةِ وُجُودُهَا وَعَدَمُهَا بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَقْضِي بشهادتهما (((بشهادتها)))

وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَتَانِ ثُمَّ رَجَعَتْ الْمَرْأَتَانِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا لِأَنَّ الْحَقَّ يَبْقَى مَحْفُوظًا بِالرَّجُلَيْنِ

وَلَوْ رَجَعَ الرَّجُلَانِ يَضْمَنَانِ نِصْفَ الْمَالِ لِأَنَّ الْمَرْأَتَيْنِ يحفظان (((تحفظان))) النِّصْفَ

وَلَوْ رَجَعَ رَجُلٌ وَاحِدٌ لَا شَيْءَ عليه لِأَنَّ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ يَحْفَظُونَ جَمِيعَ الْمَالِ وَلَوْ رَجَعَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ فَعَلَيْهِمَا رُبُعُ الْمَالِ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ثُلُثَاهُ على الرَّجُلِ وَثُلُثُهُ على الْمَرْأَةِ لِأَنَّهُ بَقِيَ ثَلَاثَةُ الْأَرْبَاعِ بِبَقَاءِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ فَكَانَ التَّالِفُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ الرُّبُعَ وَالرَّجُلُ ضِعْفُ الْمَرْأَةِ فَكَانَ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا وَلَوْ رَجَعُوا جميعا فَالضَّمَانُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثٌ أَيْضًا ثُلُثَاهُ على الرَّجُلَيْنِ وَثُلُثُهُ على الْمَرْأَتَيْنِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الرَّجُلَ ضِعْفُ الْمَرْأَةِ فَكَانَ التَّالِفُ بِشَهَادَتِهِ ضِعْفَ ما تَلِفَ بِشَهَادَتِهَا

وَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وعشرة (((وعشر)))

(6/287)

نِسْوَةٍ ثُمَّ رَجَعُوا جميعا فَالضَّمَانُ بَيْنَهُمْ أَسْدَاسٌ سُدُسُهُ على الرَّجُلِ وَخَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ على النِّسْوَةِ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ فَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَالضَّمَانُ بَيْنَهُمْ نِصْفَانِ نِصْفُهُ على الرَّجُلِ وَنِصْفُهُ على النِّسْوَةِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ النِّسَاءَ وَإِنْ كَثُرْنَ فَلَهُنَّ شَطْرُ الشَّهَادَةِ لَا غَيْرُ فَكَانَ التَّالِفُ بِشَهَادَتِهِنَّ نِصْفَ الْمَالِ وَالنِّصْفَ بِشَهَادَةِ الرَّجُلِ فَكَانَ الضَّمَانُ بَيْنَهُمْ أَنْصَافًا وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ في الشَّهَادَةِ فَكَانَ قِسْمَةُ الضَّمَانِ بَيْنَهُمْ أَسْدَاسًا

وَلَوْ رَجَعَ الرَّجُلُ وَحْدَهُ ضَمِنَ نِصْفَ الْمَالِ لِأَنَّ النِّصْفَ مَحْفُوظٌ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ وَكَذَا لو رَجَعَتْ النِّسْوَةُ غَرِمْنَ نِصْفَ الْمَالِ لِأَنَّ النِّصْفَ مَحْفُوظٌ بِشَهَادَةِ الرَّجُلِ

هَذَانِ الْفَصْلَانِ يُؤَيِّدَانِ قَوْلَهُمَا في الظَّاهِرِ

وَلَوْ رَجَعَ ثَمَانِ نِسْوَةٍ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِنَّ لِأَنَّ الْحَقَّ بَقِيَ مَحْفُوظًا بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ وَلَوْ رَجَعَتْ امْرَأَةٌ بَعْدَ ذلك فَعَلَيْهَا وَعَلَى الثَّمَانِ رُبُعُ الْمَالِ لِأَنَّهُ بَقِيَ بِثَبَاتِ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمَالِ فَكَانَ التَّالِفُ بِشَهَادَتِهِنَّ الرُّبُعَ

وَلَوْ رَجَعَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ فَعَلَيْهِمَا نِصْفُ الْمَالِ أَثْلَاثًا ثُلُثَاهُ على الرَّجُلِ وَالثُّلُثُ على الْمَرْأَةِ لِأَنَّ تِسْعَ نِسْوَةٍ يَحْفَظْنَ الْمَالَ فَكَانَ التَّالِفُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ النِّصْفَ وَالرَّجُلُ ضِعْفُ الْمَرْأَةِ فَكَانَ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا

وَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَثَلَاثُ نِسْوَةٍ ثُمَّ رَجَعَ الرَّجُلُ وَامْرَأَةٌ فَعَلَى الرَّجُلِ نِصْفُ الْمَالِ

وَلَا شَيْءَ على الْمَرْأَةِ في قِيَاسِ قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وفي قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه نِصْفُ الْمَالِ يَكُونُ عَلَيْهِمَا أَثْلَاثًا ثُلُثَاهُ على الرَّجُلِ وَثُلُثُهُ على الْمَرْأَةِ وَلَوْ رَجَعُوا جميعا فَالضَّمَانُ بَيْنَهُمْ أَخْمَاسٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ خُمُسَاهُ على الرَّجُلِ وَثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ على النِّسْوَةِ لِأَنَّ الرَّجُلَ ضِعْفُ الْمَرْأَةِ وَعِنْدَهُمَا نِصْفُ الضَّمَانِ على الرَّجُلِ وَنِصْفُهُ على الْمَرْأَةِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ لَهُنَّ شَطْرَ الشَّهَادَةِ وَإِنْ كَثُرْنَ فَكَانَ التَّالِفُ بِشَهَادَةِ كل نَوْعٍ نِصْفَ الْمَالِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا وَالزَّوْجُ يُنْكِرُ وَشَهِدَ شَاهِدَانِ بِالدُّخُولِ فَقَضَى الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِمْ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عليهم أَرْبَاعٌ على شَاهِدَيْ الطَّلَاقِ الرُّبُعُ لِأَنَّ شَاهِدَيْ الدُّخُولِ شهدا بِكُلِّ الْمَهْرِ لِأَنَّ كُلَّ الْمَهْرِ يَتَأَكَّدُ بِالدُّخُولِ وَلِلْمُؤَكِّدِ حُكْمُ الْمُوجَبِ على ما مَرَّ وشاهدا

(((وشاهدي))) الطَّلَاقِ شهدا بِالنِّصْفِ لِأَنَّ نِصْفَ الْمَهْرِ يَتَأَكَّدُ بِالطَّلَاقِ على ما ذَكَرْنَا وَالْمُؤَكِّدُ لِلْوَاجِبِ في مَعْنَى الْوَاجِبِ فَشَاهِدُ الدُّخُولِ انْفَرَدَ بِنِصْفِ الْمَهْرِ وَالنِّصْفُ الْآخَرُ اشْتَرَكَ فيه الشُّهُودُ كلهم فَكَانَ نِصْفُ النِّصْفِ وهو الرُّبُعُ على شَاهِدَيْ الطَّلَاقِ وَثَلَاثَةُ الْأَرْبَاعِ على شَاهِدَيْ الدُّخُولِ

فَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى نَفْسِهِ فَنَوْعَانِ أَحَدُهُمَا وُجُوبُ الْحَدِّ لَكِنْ في شَهَادَةٍ مَخْصُوصَةٍ وَهِيَ الشَّهَادَةُ الْقَائِمَةُ على الزِّنَا

وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الرُّجُوعَ عن الشَّهَادَةِ بِالزِّنَا إمَّا أَنْ يَكُونَ من جَمِيعِ الشُّهُودِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ من بَعْضِهِمْ دُونَ بَعْضٍ فَإِنْ رَجَعُوا جميعا يُحَدُّونَ حَدَّ الْقَذْفِ سَوَاءٌ رَجَعُوا بَعْدَ الْقَضَاءِ أو قبل الْقَضَاءِ

أَمَّا قبل الْقَضَاءِ فَلِأَنَّ كَلَامَهُمْ قبل الْقَضَاءِ انْعَقَدَ قَذْفًا لَا شَهَادَةً إلَّا أَنَّهُ لَا يُقَامُ الْحَدُّ عليهم لِلْحَالِ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَصِيرَ شَهَادَةً بِقَرِينَةِ الْقَضَاءِ فإذا رَجَعُوا فَقَدْ زَالَ الِاحْتِمَالُ فَبَقِيَ قَذْفًا فَيُوجَبُ الْحَدُّ بِالنَّصِّ

وَأَمَّا بَعْدَ الْقَضَاءِ فَلِأَنَّ كَلَامَهُمْ وَإِنْ صَارَ شَهَادَةً بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ فَقَدْ انْقَلَبَ قَذْفًا بِالرُّجُوعِ فَصَارُوا بِالرُّجُوعِ قَذَفَةً فَيُحَدُّونَ وَلَوْ رَجَعُوا بَعْدَ الْقَضَاءِ وَالْإِمْضَاءِ فَلَا خِلَافَ في أَنَّهُمْ يُحَدُّونَ إذَا كان الْحَدُّ جَلْدًا وَإِنْ كان رَجْمًا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ

وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا حَدَّ عليهم

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُمْ لَمَّا رَجَعُوا بَعْدَ الِاسْتِيفَاءِ تَبَيَّنَ أَنَّ كَلَامَهُمْ وَقَعَ قَذْفًا من حِينِ وُجُودِهِ فَصَارَ كما لو قَذَفُوا صَرِيحًا ثُمَّ مَاتَ الْمَقْذُوفُ وَحَدُّ الْقَذْفِ لَا يُوَرَّثُ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا فَيَسْقُطُ

وَلَنَا أَنَّ بِالرُّجُوعِ لَا يَظْهَرُ أَنَّ كَلَامَهُمْ كان قَذْفًا من حِينِ وُجُودِهِ وَإِنَّمَا يَصِيرُ قَذْفًا وَقْتَ الرُّجُوعِ وَالْمَقْذُوفُ وَقْتَ الرُّجُوعِ مَيِّتٌ فَصَارَ قَذْفًا بَعْدَ الْمَوْتِ فَيَجِبُ الْحَدُّ

هذا حُكْمُ الْحَدِّ وَأَمَّا حُكْمُ الضَّمَانِ فَأَمَّا قبل الْإِمْضَاءِ لَا ضَمَانَ أَصْلًا لِعَدَمِ الْإِتْلَافِ أَصْلًا وَأَمَّا بَعْدَ الْإِمْضَاءِ فَإِنْ كان الْحَدُّ رَجْمًا ضَمِنُوا الدِّيَةَ بِلَا خِلَافٍ لِوُقُوعِ شَهَادَتِهِمْ إتْلَافًا أو إقْرَارًا بِالْإِتْلَافِ وَإِنْ كان الْحَدُّ جَلْدًا فَلَيْسَ عليهم أَرْشُ الْجَلَدَاتِ إذَا لم يَمُتْ منها وَلَا الدِّيَةُ إنْ مَاتَ منها عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُونَ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ شَهَادَتَهُمْ وَقَعَتْ إتْلَافًا بِطَرِيقِ التَّسْبِيبِ لِأَنَّهَا تُفْضِي إلَى الْقَضَاءِ وَالْقَضَاءُ يُفْضِي إلَى إقَامَةِ الْجَلَدَاتِ وإنها تُفْضِي إلَى التَّلَفِ فَكَانَ التَّلَفُ بِهَذِهِ الْوَسَائِطِ مُضَافًا إلَى الشَّهَادَةِ فَكَانَتْ إتْلَافًا تَسْبِيبًا وَلِهَذَا لو شَهِدُوا بِالْقِصَاصِ أو بِالْمَالِ ثُمَّ رَجَعُوا وَجَبَتْ عليهم الدِّيَةُ وَالضَّمَانُ كَذَا هذا

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ عليه

(6/288)

الرَّحْمَةُ أَنَّ الْأَثَرَ حَصَلَ مُضَافًا إلَى الضَّرْبِ دُونَ الشَّهَادَتَيْنِ لِوَجْهَيْنِ أَحَدِهِمَا أَنَّ الشُّهُودَ لم يَشْهَدُوا على ضَرْبٍ جَارِحٍ لِأَنَّ الضَّرْبَ الْجَارِحَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ في الْجَلْدِ فَلَا يَكُونُ الْجُرْحُ مُضَافًا إلَى شَهَادَتِهِمْ
وَالثَّانِي أَنَّ الضَّرْبَ مُبَاشَرَةُ الْإِتْلَافِ وَالشَّهَادَةَ تَسْبِيبٌ إلَيْهِ وَإِضَافَةُ الْأَثَرِ إلَى الْمُبَاشَرَةِ أَوْلَى من إضَافَتِهِ إلَى التَّسْبِيبِ إلَّا أَنَّهُ لَا ضَمَانَ على بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ هذا ليس خَطَأً من الْقَاضِي لِيَكُونَ عَطَاؤُهُ في بَيْتِ الْمَالِ لِنَوْعِ تَقْصِيرٍ منه وَلَا تَقْصِيرَ من جِهَتِهِ هَهُنَا فَلَا شَيْءَ على بَيْتِ الْمَالِ
هذا إذَا رَجَعُوا جميعا فَأَمَّا إذَا رَجَعَ وَاحِدٌ منهم فَإِنْ كان قبل الْقَضَاءِ يُحَدُّونَ جميعا عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ يُحَدُّ الرَّاجِعُ خَاصَّةً
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ كَلَامَهُمْ وَقَعَ شَهَادَةً قَذْفًا لِكَمَالِ نِصَابِ الشَّهَادَةِ وهو عَدَدُ الْأَرْبَعَةِ وَإِنَّمَا يَنْقَلِبُ قَذْفًا بِالرُّجُوعِ ولم يُوجَدْ إلَّا من أَحَدِهِمْ فَيَنْقَلِبُ كَلَامُهُ قَذْفًا خَاصَّةً بِخِلَافِ ما إذَا شَهِدَ ثَلَاثَةٌ بِالزِّنَا أَنَّهُمْ يُحَدُّونَ لِأَنَّ هُنَاكَ نِصَابَ الشَّهَادَةِ لم يَكْمُلْ فَوَقَعَ كَلَامُهُمْ من الإبتداء قَذْفًا
وَلَنَا أَنَّ كَلَامَهُمْ لَا يَصِيرُ شَهَادَةً إلَّا بِقَرِينَةِ الْقَضَاءِ
أَلَا تَرَى أنها لَا تَصِيرُ حُجَّةً إلَّا بِهِ فَقَبْلَهُ يَكُونُ قَذْفًا لَا شَهَادَةً فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُقَامَ الْحَدُّ عليهم بِالنَّصِّ لِوُجُودِ الرَّمْيِ منهم إلَّا أَنَّهُ لَا يُقَامُ الاحتمال
(((لاحتمال))) أَنْ يَصِيرَ شَهَادَةً بِقَرِينَةِ الْقَضَاءِ وَلِئَلَّا يُؤَدِّيَ إلَى سَدِّ بَابِ الشَّهَادَةِ فإذا رَجَعَ أَحَدُهُمْ زَالَ هذا الْمَعْنَى فَبَقِيَ كَلَامُهُمْ قَذْفًا فَيُحَدُّونَ وَصَارَ كما لو كان الشُّهُودُ من الِابْتِدَاءِ ثَلَاثَةً فَإِنَّهُمْ يُحَدُّونَ لِوُقُوعِ كَلَامِهِمْ قَذْفًا كَذَا هذا
وَإِنْ كان بَعْدَ الْقَضَاءِ قبل الْإِمْضَاءِ فَإِنَّهُمْ يُحَدُّونَ جميعا عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الرَّاجِعُ خَاصَّةً
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ كَلَامَهُمْ وَقَعَ شَهَادَةً لِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ فَلَا يَنْقَلِبُ قَذْفًا إلَّا بِالرُّجُوعِ ولم يَرْجِعْ إلَّا وَاحِدٌ منهم فَيَنْقَلِبُ كَلَامُهُ خَاصَّةً قَذْفًا فلم يَصِحَّ رُجُوعُهُ في حَقِّ الْبَاقِينَ فَبَقِيَ كَلَامُهُمْ شَهَادَةً فَلَا يُحَدُّونَ وَلَهُمَا أَنَّ الْإِمْضَاءَ في بَابِ الْحُدُودِ من الْقَضَاءِ بِدَلِيلِ أَنَّ عَمَى الشُّهُودِ أو رِدَّتَهُمْ قبل الْقَضَاءِ كما يَمْنَعُ من الْقَضَاءِ فَبَعْدَهُ يَمْنَعُ من الْإِمْضَاءِ فَكَانَ رُجُوعُهُ قبل الْإِمْضَاءِ بِمَنْزِلَةِ رُجُوعِهِ قبل الْقَضَاءِ وَلَوْ رَجَعَ قبل الْقَضَاءِ يُحَدُّونَ جميعا بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ كَذَا إذَا رَجَعَ بَعْدَ الْقَضَاءِ قبل الْإِمْضَاءِ وَإِنْ كان بَعْدَ الْإِمْضَاءِ فَإِنْ كان الْحَدُّ جَلْدًا يُحَدُّ الرَّاجِعُ خَاصَّةً بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ رُجُوعَهُ صَحِيحٌ في حَقِّهِ خَاصَّةً لَا في حَقِّ الْبَاقِينَ فَانْقَلَبَتْ شَهَادَتُهُ خَاصَّةً قَذْفًا فَيُحَدُّ خَاصَّةً وَإِنْ كان الْحَدُّ رَجْمًا وَمَاتَ الْمَقْذُوفُ يُحَدُّ الرَّاجِعُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا خِلَافًا لِزُفَرَ وقد مَرَّتْ الْمَسْأَلَةُ
هذا حُكْمُ الْحَدِّ فَأَمَّا حُكْمُ الضَّمَانِ فَلَا ضَمَانَ إذَا كان رُجُوعُهُ قبل الْقَضَاءِ أو بَعْدَهُ قبل الْإِمْضَاءِ لِمَا قُلْنَا
وَأَمَّا بَعْدَ الْإِمْضَاءِ فَإِنْ كان الْحَدُّ جَلْدًا فَلَا شَيْءَ على الرَّاجِعِ من أَرْشِ السِّيَاطِ وَلَا من الدِّيَةِ إنْ مَاتَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ وَإِنْ كان رَجْمًا غَرِمَ الرَّاجِعُ رُبُعَ الدِّيَةِ

لِأَنَّ الثَّلَاثَةَ يَحْفَظُونَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الدِّيَةِ فَكَانَ التَّالِفُ بِشَهَادَتِهِ الرُّبُعَ
هذا إذَا كان شُهُودُ الزِّنَا أَرْبَعَةً فَأَمَّا إذَا كَانُوا خَمْسَةً فَرَجَعَ وَاحِدٌ منهم فإن الْقَاضِيَ يُقِيمُ الْحَدَّ على الْمَشْهُودِ عليه بِمَا بَقِيَ من الشُّهُودِ لِأَنَّ الْأَرْبَعَةَ نِصَابٌ تَامٌّ يَحْفَظُونَ الْحَدَّ على الْمَشْهُودِ عليه
وَإِنْ أَمْضَى الْحَدَّ ثُمَّ رَجَعَ إثنان ضَمِنَا رُبُعَ الدِّيَةِ إنْ مَاتَ الْمَرْجُومُ
لِأَنَّ الثَّلَاثَةَ قَامُوا بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الْحَقِّ فَكَانَ التَّالِفُ بِشَهَادَتِهِمَا الرُّبُعَ فَيَضْمَنَانِهِ
وَإِنْ لم يَمُتْ فَلَيْسَ عَلَيْهِمَا أَرْشٌ لِلضَّرْبِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ وقد تَقَدَّمَتْ الْمَسْأَلَةُ
وَالثَّانِي وُجُوبُ التَّعْزِيرِ في عُمُومِ الشَّهَادَاتِ سِوَى الشَّهَادَةِ على الزِّنَا بِأَنْ تَعَمَّدَ شَهَادَةَ الزُّورِ وَظَهَرَ عِنْدَ الْقَاضِي بِإِقْرَارِهِ
لِأَنَّ قَوْلَ الزُّورِ جِنَايَةٌ ليس فيها سِوَى الْقَذْفِ حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَتُوجِبُ التَّعْزِيرَ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا
وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا في كَيْفِيَّةِ التَّعْزِيرِ
قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ تَعْزِيرُهُ تَشْهِيرٌ فَيُنَادَى عليه في سُوقِهِ أو مَسْجِدِ حَيِّهِ وَيُحَذَّرُ الناس منه
فَيُقَالُ هذا شَاهِدُ الزُّورِ فَاحْذَرُوهُ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يُضَمُّ إلَيْهِ ضَرْبُ أَسْوَاطٍ
هذا إذَا تَابَ
فَأَمَّا إذَا لم يَتُبْ وَأَصَرَّ على ذلك بِأَنْ قال إنِّي شَهِدْتُ بِالزُّورِ وأنا على ذلك قَائِمٌ فإنه يُعَزَّرُ بِالضَّرْبِ بِالْإِجْمَاعِ
احْتَجَّا بِمَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ بن الْخَطَّابِ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ ضَرَبَ شَاهِدَ الزُّورِ وَسَخَّمَ وَجْهَهُ وَلِأَنَّ قَوْلَ الزُّورِ من أَكْبَرِ الْكَبَائِرِ وَلَيْسَ إلَيْهِ فِيمَا سِوَى الْقَذْفِ بِالزِّنَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيَحْتَاجُ إلَى أَبْلَغِ الزَّوَاجِرِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ما رُوِيَ أَنَّ شُرَيْحًا كان يَشْهَرُ شَاهِدَ الزُّورِ وَلَا يُعَزِّرُهُ
وكان لَا تَخْفَى قَضَايَاهُ على أَصْحَابِ رسول اللَّهِ رِضْوَانُ اللَّهِ تَعَالَى عليهم
ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ
وَلِأَنَّ الْكَلَامَ فِيمَنْ أَقَرَّ أَنَّهُ

شَهِدَ بِزُورٍ نَادِمًا على ما فَعَلَ لَا مُصِرًّا عليه
وَالنَّدَمُ تَوْبَةٌ على لِسَانِ رسول اللَّهِ وَالتَّائِبُ لَا يَسْتَوْجِبُ الضَّرْبَ حتى لو كان مُصِرًّا على ذلك يُضْرَبُ
وَفِعْلُ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه مَحْمُولٌ عليه تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

كِتَابُ آدَابِ الْقَاضِي الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ فَرْضِيَّةِ نَصْبِ الْقَاضِي وفي بَيَانِ من يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ وفي بَيَانِ ما يُفْتَرَضُ عليه قَبُولُ تَقْلِيدِ الْقَضَاءِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ جَوَازِ الْقَضَاءِ وفي بَيَانِ آدَابِ الْقَضَاءِ وفي بَيَانِ ما يَنْفُذُ من الْقَضَايَا وما يُنْقَضُ منها إذَا رُفِعَ إلَى قَاضٍ آخَرَ وفي بَيَانِ ما يُحِلُّهُ الْقَاضِي وما لَا يُحِلُّهُ وفي بَيَانِ حُكْمِ خَطَأِ الْقَاضِي في الْقَضَاءِ وفي بَيَانِ ما يَخْرُجُ بِهِ الْقَاضِي عن الْقَضَاءِ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَصْبُ الْقَاضِي فَرْضٌ لِأَنَّهُ يُنْصَبُ لِإِقَامَةِ أَمْرٍ مَفْرُوضٍ وهو الْقَضَاءُ قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { يا دَاوُد إنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً في الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بين الناس بِالْحَقِّ } وقال تَبَارَكَ وَتَعَالَى لِنَبِيِّنَا الْمُكَرَّمِ عليه أَفْضَلُ الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ { فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ }

وَالْقَضَاءُ هو الْحُكْمُ بين الناس بِالْحَقِّ وَالْحُكْمُ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ عز وجل فَكَانَ نَصْبُ الْقَاضِي لِإِقَامَةِ الْفَرْضِ فَكَانَ فَرْضًا ضَرُورَةً وَلِأَنَّ نَصْبَ الْإِمَامِ الْأَعْظَمِ فَرْضٌ بِلَا خِلَافٍ بين أَهْلِ الْحَقِّ وَلَا عِبْرَةَ بِخِلَافِ بَعْضِ الْقَدَرِيَّةِ لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ على ذلك وَلِمِسَاسِ الْحَاجَةِ إلَيْهِ لِتَقَيُّدِ الْأَحْكَامِ وَإِنْصَافِ الْمَظْلُومِ من الظَّالِمِ وَقَطْعِ الْمُنَازَعَاتِ التي هِيَ مَادَّةُ الْفَسَادِ وَغَيْرِ ذلك من الْمَصَالِحِ التي لَا تَقُومُ إلَّا بِإِمَامٍ لِمَا عُلِمَ في أُصُولِ الْكَلَامِ

وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الْقِيَامُ بِمَا نُصِبَ له بِنَفْسِهِ فَيَحْتَاجُ إلَى نَائِبٍ يَقُومُ مَقَامَهُ في ذلك وهو الْقَاضِي وَلِهَذَا كان رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم يَبْعَثُ إلَى الْآفَاقِ قُضَاةً فَبَعَثَ سَيِّدَنَا مُعَاذًا رضي اللَّهُ عنه إلَى الْيَمَنِ وَبَعَثَ عَتَّابَ بن أَسِيدٍ إلَى مَكَّةَ فَكَانَ نَصْبُ الْقَاضِي من ضَرُورَاتِ نَصْبِ الْإِمَامِ فَكَانَ فَرْضًا وقد سَمَّاهُ مُحَمَّدٌ فَرِيضَةً مُحْكَمَةً لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النَّسْخَ لِكَوْنِهِ من الْأَحْكَامِ التي عُرِفَ وُجُوبُهَا بِالْعَقْلِ وَالْحُكْمُ الْعَقْلِيُّ لَا يَحْتَمِلُ الِانْتِسَاخَ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ من يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ فَنَقُولُ الصَّلَاحِيَّةُ لِلْقَضَاءِ لها شَرَائِطُ منها الْعَقْلُ وَمِنْهَا الْبُلُوغُ وَمِنْهَا الْإِسْلَامُ

وَمِنْهَا الْحُرِّيَّةُ

وَمِنْهَا الْبَصَرُ

وَمِنْهَا النُّطْقُ

وَمِنْهَا السَّلَامَةُ عن حَدِّ الْقَذْفِ لِمَا قُلْنَا في الشَّهَادَةِ فَلَا يَجُوزُ تَقْلِيدُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ وَالْكَافِرِ وَالْعَبْدِ وَالْأَعْمَى وَالْأَخْرَسِ وَالْمَحْدُودِ في الْقَذْفِ لِأَنَّ الْقَضَاءَ من بَابِ الْوِلَايَةِ بَلْ هو أَعْظَمُ الْوِلَايَاتِ وَهَؤُلَاءِ لَيْسَتْ لهم أَهْلِيَّةُ أَدْنَى الْوِلَايَاتِ وَهِيَ الشَّهَادَةُ فَلَأَنْ لَا يَكُونَ لهم أَهْلِيَّةُ أَعْلَاهَا أَوْلَى

وَأَمَّا الذُّكُورَةُ فَلَيْسَتْ من شَرْطِ جَوَازِ التَّقْلِيدِ في الْجُمْلَةِ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ من أَهْلِ الشَّهَادَاتِ في الْجُمْلَةِ إلَّا أنها لَا تَقْضِي بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ لأنها لَا شَهَادَةَ لها في ذلك وَأَهْلِيَّةُ الْقَضَاءِ تَدُورُ مع أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ

وَأَمَّا الْعِلْمُ بِالْحَلَالِ وَالْحَرَامِ وَسَائِرِ الْأَحْكَامِ فَهَلْ هو شَرْطُ جَوَازِ التَّقْلِيدِ عِنْدَنَا ليس بِشَرْطِ الْجَوَازِ بَلْ شَرْطُ النَّدْبِ وَالِاسْتِحْبَابِ

وَعِنْدَ أَصْحَابِ الحديث كَوْنُهُ عَالِمًا بِالْحَلَالِ وَالْحَرَامِ وَسَائِرِ الْأَحْكَامِ مع بُلُوغِ

دَرَجَةِ الِاجْتِهَادِ في ذلك شَرْطُ جَوَازِ التَّقْلِيدِ
كما قالوا في الْإِمَامِ الْأَعْظَمِ
وَعِنْدَنَا هذا ليس بِشَرْطِ الْجَوَازِ في الْإِمَامِ الْأَعْظَمِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْضِيَ بِعِلْمِ غَيْرِهِ بِالرُّجُوعِ إلَى فَتْوَى غَيْرِهِ من الْعُلَمَاءِ
فَكَذَا في الْقَاضِي
لَكِنْ مع هذا لَا يَنْبَغِي أَنْ يُقَلَّدَ الْجَاهِلُ بِالْأَحْكَامِ لِأَنَّ الْجَاهِلَ بِنَفْسِهِ ما يُفْسِدُ أَكْثَرُ مِمَّا يُصْلِحُ بَلْ يَقْضِي بِالْبَاطِلِ من حَيْثُ لَا يَشْعُرُ بِهِ
وقد رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ قَاضٍ في الْجَنَّةِ وَقَاضِيَانِ في النَّارِ
رَجُلٌ عَلِمَ عِلْمًا فَقَضَى بِمَا عَلِمَ فَهُوَ في الْجَنَّةِ
وَرَجُلٌ عَلِمَ علما فَقَضَى بِغَيْرِ ما عَلِمَ فَهُوَ في النَّارِ
وَرَجُلٌ جَهِلَ فَقَضَى بِالْجَهْلِ فَهُوَ في النَّارِ إلَّا أَنَّهُ لو قُلِّدَ جَازَ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ يَقْدِرُ على الْقَضَاءِ بِالْحَقِّ بِعِلْمِ غَيْرِهِ بِالِاسْتِفْتَاءِ من الْفُقَهَاءِ فَكَانَ تَقْلِيدُهُ جَائِزًا في نَفْسِهِ فَاسِدًا لِمَعْنًى في غَيْرِهِ
وَالْفَاسِدُ لِمَعْنًى في غَيْرِهِ يَصْلُحُ لِلْحُكْمِ عِنْدَنَا مِثْلُ الْجَائِزِ
حتى يَنْفُذَ قَضَايَاهُ التي لم يُجَاوِزْ فيها حَدَّ الشَّرْعِ
وهو كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ إنه مِثْلُ الْجَائِزِ عِنْدَنَا في حَقِّ الْحُكْمِ
كَذَا هذا
وَكَذَا الْعَدَالَةُ عِنْدَنَا لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِجَوَازِ التَّقْلِيدِ لَكِنَّهَا شَرْطُ الْكَمَالِ فَيَجُوزُ تَقْلِيدُ الْفَاسِقِ وَتَنْفُذُ قَضَايَاهُ إذَا لم يُجَاوِزْ فيها حَدَّ الشَّرْعِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ شَرْطُ الْجَوَازِ فَلَا يَصْلُحُ الْفَاسِقُ قَاضِيًا عِنْدَهُ بِنَاءً على أَنَّ الْفَاسِقَ ليس من أَهْلِ الشَّهَادَةِ عِنْدَهُ فَلَا يَكُونُ من أَهْلِ الْقَضَاءِ وَعِنْدَنَا هو من أَهْلِ الشَّهَادَةِ فَيَكُونُ من أَهْلِ الْقَضَاءِ لَكِنْ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُقَلَّدَ الْفَاسِقُ لِأَنَّ الْقَضَاءَ أَمَانَةٌ عَظِيمَةٌ وَهِيَ أَمَانَةُ الْأَمْوَالِ وَالْأَبْضَاعِ وَالنُّفُوسِ فَلَا يَقُومُ بِوَفَائِهَا إلَّا من كَمُلَ وَرَعُهُ وَتَمَّ تَقْوَاهُ إلَّا أَنَّهُ مع هذا لو قُلِّدَ جَازَ التَّقْلِيدُ في نَفْسِهِ وَصَارَ قَاضِيًا لِأَنَّ الْفَسَادَ لِمَعْنًى في غَيْرِهِ فَلَا يَمْنَعُ جَوَازُ تَقْلِيدِهِ الْقَضَاءَ في نَفْسِهِ لِمَا مَرَّ
وَأَمَّا تَرْكُ الطَّلَبِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِجَوَازِ التَّقْلِيدِ بِالْإِجْمَاعِ فَيَجُوزُ تَقْلِيدُ الطَّالِبِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ على الْقَضَاءِ بِالْحَقِّ لَكِنْ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُقَلَّدَ لِأَنَّ الطَّالِبَ يَكُونُ مُتَّهَمًا
وَرُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال إنَّا لَا نُوَلِّي أَمْرَنَا هذا من كان له طَالِبًا وَعَنْهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال من سَأَلَ الْقَضَاءَ وُكِّلَ إلَى نَفْسِهِ وَمَنْ أُجْبِرَ عليه نَزَلَ عليه مَلَكٌ يُسَدِّدُهُ وَهَذَا إشَارَةٌ إلَى أَنَّ الطَّالِبَ لَا يُوَفَّقُ لِإِصَابَةِ الْحَقِّ وَالْمُجْبَرُ عليه يُوَفَّقُ
وَأَمَّا شَرَائِطُ الْفَضِيلَةِ وَالْكَمَالِ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي عَالِمًا بِالْحَلَالِ وَالْحَرَامِ وَسَائِرِ الْأَحْكَامِ
قد بَلَغَ في عِلْمِهِ ذلك حَدَّ الِاجْتِهَادِ عَالِمًا بِمُعَاشَرَةِ الناس وَمُعَامَلَتِهِمْ
عَدْلًا وَرِعًا عَفِيفًا عن التُّهْمَةِ صَائِنَ النَّفْسِ عن الطَّمَعِ
لِأَنَّ الْقَضَاءَ هو الْحُكْمُ بين الناس بِالْحَقِّ
فإذا كان الْمُقَلَّدُ بِهَذِهِ الصِّفَاتِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَقْضِي إلَّا بِالْحَقِّ
ثُمَّ ما ذَكَرْنَا أَنَّهُ شَرْطُ جَوَازِ التَّقْلِيدِ فَهُوَ شَرْطُ جَوَازِ التَّحْكِيمِ لِأَنَّ التَّحْكِيمَ مَشْرُوعٌ
قال اللَّهُ تَعَالَى عز شَأْنُهُ { فَابْعَثُوا حَكَمًا من أَهْلِهِ وَحَكَمًا من أَهْلِهَا } فَكَانَ الْحُكْمُ من الْحَكَمَيْنِ بِمَنْزِلَةِ حُكْمِ الْقَاضِي الْمُقَلَّدِ
إلَّا أَنَّهُمَا يَفْتَرِقَانِ في أَشْيَاءَ مَخْصُوصَةٍ منها أَنَّ الْحُكْمَ في الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ

لَا يَصِحُّ
وَمِنْهَا أَنَّهُ ليس بِلَازِمٍ ما لم يَتَّصِلْ بِهِ الْحُكْمُ حتى لو رَجَعَ أَحَدُ الْمُتَحَاكِمَيْنِ قبل الْحُكْمِ يَصِحُّ رُجُوعُهُ
وإذا حَكَمَ صَارَ لَازِمًا
وَمِنْهَا أَنَّهُ إذَا حَكَمَ في فَصْلٍ مُجْتَهَدٍ فيه ثُمَّ رُفِعَ حُكْمُهُ إلَى الْقَاضِي وَرَأْيُهُ يُخَالِفُ رَأْيَ الْحَاكِمِ الْمُحَكَّمِ له أَنْ يَفْسَخَ حُكْمَهُ وَالْفَرْقُ بين هذه الْجُمْلَةِ يُعْرَفُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ من يُفْتَرَضُ عليه قَبُولُ تَقْلِيدِ الْقَضَاءِ فَنَقُولُ إذَا عُرِضَ الْقَضَاءُ على من يَصْلُحُ له من أَهْلِ الْبَلَدِ يُنْظَرُ إنْ كان في الْبَلَدِ عَدَدٌ يَصْلُحُونَ
يصلحون لَا يُفْتَرَضُ عليه الْقَبُولُ بَلْ هو في سَعَةٍ من الْقَبُولِ وَالتَّرْكِ
أَمَّا جَوَازُ الْقَبُولِ فَلِأَنَّ الْأَنْبِيَاءَ وَالْمُرْسَلِينَ صَلَوَاتُ اللَّهِ عليهم أَجْمَعِينَ قَضَوْا بين الْأُمَمِ بِأَنْفُسِهِمْ وَقَلَّدُوا غَيْرَهُمْ وَأَمَرُوا بِذَلِكَ فَقَدْ بَعَثَ

(7/3)

رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم مُعَاذًا رضي اللَّهُ عنه إلَى الْيَمَنِ قَاضِيًا
وَبَعَثَ عَتَّابَ بن أَسِيْدٍ رضي اللَّهُ عنه إلَى مَكَّةَ قَاضِيًا وَقَلَّدَ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَثِيرًا من أَصْحَابِهِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ الْأَعْمَالَ وَبَعَثَهُمْ إلَيْهَا
وَكَذَا الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ قَضَوْا بِأَنْفُسِهِمْ وَقَلَّدُوا غَيْرَهُمْ فَقَلَّدَ سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه شُرَيْحًا الْقَضَاءَ وَقَرَّرَهُ سَيِّدُنَا عُثْمَانُ وَسَيِّدُنَا عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنهما
وَأَمَّا جَوَازُ التَّرْكِ فَلِمَا رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لِأَبِي ذَرٍّ رضي اللَّهُ عنه إيَّاكَ وَالْإِمَارَةَ وَرُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا تَتَأَمَّرْنَ على اثْنَيْنِ
وَرُوِيَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه عُرِضَ عليه الْقَضَاءُ فَأَبَى حتى ضُرِبَ على ذلك ولم يَقْبَلْ
وَكَذَا لم يَقْبَلْهُ كَثِيرٌ من صَالِحِي الْأُمَّةِ وَهَذَا مَعْنَى ما ذَكَرَ في الْكِتَابِ دخل فيه قَوْمٌ صَالِحُونَ وَتَرَكَ الدُّخُولَ فيه قَوْمٌ صَالِحُونَ
ثُمَّ إذَا جَازَ التَّرْكُ وَالْقَبُولُ في هذا الْوَجْهِ اخْتَلَفُوا في أَنَّ الْقَبُولَ أَفْضَلُ أَمْ التَّرْكَ قال بَعْضُهُمْ التَّرْكُ أَفْضَلُ وقال بَعْضُهُمْ الْقَبُولُ أَفْضَلُ احْتَجَّ الْفَرِيقُ الْأَوَّلُ بِمَا رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال من جُعِلَ على الْقَضَاءِ فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ وَهَذَا يَجْرِي مَجْرَى الزَّجْرِ عن تَقَلُّدِ الْقَضَاءِ
احْتَجَّ الْفَرِيقُ الْآخَرُ بِصُنْعِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ صَلَوَاتُ اللَّهِ عليهم أَجْمَعِينَ وَصُنْعِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ لِأَنَّ لنا فِيهِمْ قُدْوَةً وَلِأَنَّ الْقَضَاءَ بِالْحَقِّ إذَا أَرَادَ بِهِ وَجْهَ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى يَكُونُ عِبَادَةً خَالِصَةً بَلْ هو من أَفْضَلِ الْعِبَادَاتِ قال النبي الْمُكَرَّمُ عليه الصلاة (((أفضل))) والسلام (((التحية))) عَدْلُ سَاعَةٍ خَيْرٌ من عِبَادَةِ سِتِّينَ سَنَةً وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ على الْقَاضِي الْجَاهِلِ أو الْعَالِمِ الْفَاسِقِ أو الطَّالِبِ الذي لَا يَأْمَنُ على نَفْسِهِ الرِّشْوَةَ فَيَخَافُ أَنْ يَمِيلَ إلَيْهَا تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ
هذا إذَا كان في الْبَلَدِ عَدَدٌ يَصْلُحُونَ لِلْقَضَاءِ فَأَمَّا إذَا كان لم يَصْلُحْ له إلَّا رَجُلٌ وَاحِدٌ فإنه يُفْتَرَضُ عليه الْقَبُولُ إذَا عُرِضَ عليه لِأَنَّهُ إذَا لم يَصْلُحْ له غَيْرُهُ تَعَيَّنَ هو لِإِقَامَةِ هذه الْعِبَادَةِ فَصَارَ فَرْضَ عَيْنٍ عليه إلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ من التَّقْلِيدِ فإذا قُلِّدَ

أُفْتُرِضَ عليه الْقَبُولُ على وَجْهٍ لو امْتَنَعَ من الْقَبُولِ يَأْثَمُ كما في سَائِرِ فُرُوضِ الْأَعْيَانِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ الْقَضَاءِ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْقَاضِي وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْقَضَاءِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَقْضِيِّ له وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَقْضِيِّ عليه أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْقَاضِي فما ذَكَرْنَا من شَرَائِطِ جَوَازِ تَقْلِيدِ الْقَضَاءِ لِأَنَّ من لَا يَصْلُحُ قَاضِيًا لَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ ضَرُورَةً
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْقَضَاءِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ بِحَقٍّ وهو الثَّابِتُ عِنْدَ اللَّهِ عز وجل من حُكْمِ الْحَادِثَةِ إمَّا قَطْعًا بِأَنْ قام عليه دَلِيلٌ قَطْعِيٌّ وهو النَّصُّ الْمُفَسَّرُ من الْكِتَابِ الْكَرِيمِ أو الْخَبَرُ الْمَشْهُورُ وَالْمُتَوَاتِرُ وَالْإِجْمَاعُ وَإِمَّا ظَاهِرًا بِأَنْ قام عليه دَلِيلٌ ظَاهِرٌ يُوجِبُ عِلْمَ غَالِبِ الرَّأْيِ وَأَكْثَرَ الظَّنِّ من ظَوَاهِرِ الْكِتَابِ الْكَرِيمِ وَالْمُتَوَاتِرِ وَالْمَشْهُورِ وَخَبَرِ الْوَاحِدِ وَالْقِيَاسِ الشَّرْعِيِّ وَذَلِكَ في الْمَسَائِلِ الِاجْتِهَادِيَّةِ التي اخْتَلَفَ فيها الْفُقَهَاءُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ وَالَّتِي لَا رِوَايَةَ في جَوَابِهَا عن السَّلَفِ بِأَنْ لم تَكُنْ وَاقِعَةً حتى لو قَضَى بِمَا قام الدَّلِيلُ الْقَطْعِيُّ على خِلَافِهِ لم يَجُزْ لِأَنَّهُ قَضَاءٌ بِالْبَاطِلِ قَطْعًا
وَكَذَا لو قَضَى في مَوْضِعِ الْخِلَافِ بِمَا كان خَارِجًا عن أَقَاوِيلِ الْفُقَهَاءِ كُلِّهِمْ لم يَجُزْ لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَعْدُو أَقَاوِيلَهُمْ فَالْقَضَاءُ بِمَا هو خَارِجٌ عنها كُلِّهَا يَكُونُ قَضَاءً بَاطِلًا قَطْعًا وَكَذَا لو قَضَى بِالِاجْتِهَادِ فِيمَا فيه نَصٌّ ظَاهِرٌ يُخَالِفُهُ من الْكِتَابِ الْكَرِيمِ وَالسُّنَّةِ لم يَجُزْ قَضَاؤُهُ لِأَنَّ الْقِيَاسَ في مُقَابَلَةِ النَّصِّ بَاطِلٌ سَوَاءٌ كان النَّصُّ قَطْعِيًّا أو ظَاهِرًا وَأَمَّا فِيمَا لَا نَصَّ فيه يُخَالِفُهُ وَلَا إجْمَاعَ النُّقُولِ لَا يَخْلُو إمَّا إن كان الْقَاضِي من أَهْلِ الِاجْتِهَادِ وَإِمَّا إن لم يَكُنْ من أَهْلِ الِاجْتِهَادِ فَإِنْ كان من أَهْلِ الِاجْتِهَادِ وَأَفْضَى رَأْيُهُ إلَى شَيْءٍ يَجِبُ عليه الْعَمَلُ بِهِ وَإِنْ خَالَفَ رَأْيَ غَيْرِهِ مِمَّنْ هو من أَهْلِ الِاجْتِهَادِ وَالرَّأْيِ وَلَا يَجُوزُ له أَنْ يَتْبَعَ رَأْيَ غَيْرِهِ لِأَنَّ ما أَدَّى إلَيْهِ اجْتِهَادُهُ هو الْحَقُّ عِنْدَ اللَّهِ عز وجل ظَاهِرًا فَكَانَ غَيْرُهُ بَاطِلًا ظَاهِرًا لِأَنَّ الْحَقَّ في الْمُجْتَهِدَاتِ وَاحِدٌ وَالْمُجْتَهِدُ يخطىء (((يخطئ))) وَيُصِيبُ عِنْدَ أَهْلِ السُّنَّةِ وَالْجَمَاعَةِ في الْعَقْلِيَّاتِ وَالشَّرْعِيَّاتِ جميعا
وَلَوْ أَفْضَى رَأْيُهُ إلَى شَيْءٍ وَهُنَاكَ مُجْتَهِدٌ آخَرُ أَفْقَهُ منه له رَأْيٌ آخَرُ فَأَرَادَ أَنْ يَعْمَلَ بِرَأْيِهِ من غَيْرِ النَّظَرِ فيه وَتَرَجَّحَ رَأْيُهُ بِكَوْنِهِ أَفْقَهَ منه هل يَسَعُهُ ذلك ذَكَرَ في كِتَابِ الْحُدُودِ أَنَّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ يَسَعُهُ ذلك وَعِنْدَهُمَا لَا يَسَعُهُ إلَّا أَنْ يَعْمَلَ بِرَأْيِ نَفْسِهِ
وَذَكَرَ في بَعْضِ الرِّوَايَاتِ هذا الِاخْتِلَافَ على الْعَكْسِ فقال على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لَا يَسَعُهُ وَعَلَى قَوْلِهِمَا يَسَعُهُ وَهَذَا يَرْجِعُ إلَى أَنَّ كَوْنَ أَحَدِ الْمُجْتَهِدَيْنِ أَفْقَهَ من غَيْرِ النَّظَرِ في رَأْيِهِ هل يَصْلُحُ مُرَجِّحًا من قال يَصْلُحُ مُرَجِّحًا قال يَسَعُهُ وَمَنْ قال

لَا يَصْلُحُ قال لَا يَسَعُهُ
وَجْهُ قَوْلِ من لَا يَرَى التَّرْجِيحَ بِكَوْنِهِ أَفْقَهَ أَنَّ التَّرْجِيحَ يَكُونُ بِالدَّلِيلِ وَكَوْنُهُ أَفْقَهَ ليس من جِنْسِ الدَّلِيلِ فَلَا يَقَعُ بِهِ التَّرْجِيحُ وَهَذَا لَا يَصْلُحُ دَلِيلَ الْحُكْمِ بِنَفْسِهِ
وَجْهُ قَوْلِ من يَرَى بِهِ التَّرْجِيحَ أَنَّ هذا من جِنْسِ الدَّلِيلِ لِأَنَّ كَوْنَهُ أَفْقَهَ يَدُلُّ

على اجْتِهَادَهُ أقرب (((إقرار))) إلَى الصَّوَابِ فَكَانَ من جِنْسِ الدَّلِيلِ فَيَصْلُحُ لِلتَّرْجِيحِ إنْ لم يَصْلُحْ دَلِيلَ الْحُكْمِ بِنَفْسِهِ أبدا (((وأبدا))) يَكُونُ التَّرْجِيحُ بِمَا لَا يَصْلُحُ دَلِيلَ الْحُكْمِ بِنَفْسِهِ وَلِهَذَا قِيلَ في حَدِّهِ زِيَادَةٌ لَا يَسْقُطُ بها التَّعَارُضُ حَقِيقَةً لِمَا عُلِمَ في أُصُولِ الْفِقْهِ
وَلِهَذَا أَوْجَبَ أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَقْلِيدَ الصَّحَابَةِ الْكِرَامِ رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ وَرَجَّحَهُ على الْقِيَاسِ لِمَا أَنَّ قَوْلَهُ أَقْرَبُ إلَى إصَابَةِ الْحَقِّ من قَوْلِ الْقَائِسِ كَذَا هذا وَإِنْ أَشْكَلَ عليه حُكْمُ الْحَادِثَةِ اسْتَعْمَلَ رَأْيَهُ في ذلك وَعَمِلَ بِهِ وَالْأَفْضَلُ أَنْ يُشَاوِرَ أَهْلَ الْفِقْهِ في ذلك فَإِنْ اخْتَلَفُوا في حُكْمِ الْحَادِثَةِ نَظَرَ في ذلك فَأَخَذَ بِمَا يُؤَدِّي إلَى الْحَقِّ ظَاهِرًا وَإِنْ اتَّفَقُوا على رَأْيٍ يُخَالِفُ رَأْيَهُ عَمِلَ بِرَأْيِ نَفْسِهِ أَيْضًا لِأَنَّ الْمُجْتَهِدَ مَأْمُورٌ بِالْعَمَلِ بِمَا يُؤَدِّي إلَيْهِ اجْتِهَادُهُ فَحَرُمَ عليه تَقْلِيدُ غَيْرِهِ لَكِنْ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُعَجِّلَ بِالْقَضَاءِ ما لم يَقْضِ حَقَّ التَّأَمُّلِ وَالِاجْتِهَادِ وَيَنْكَشِفْ له وَجْهُ الْحَقِّ فإذا ظَهَرَ له الْحَقُّ بِاجْتِهَادِهِ قَضَى بِمَا يُؤَدِّي إلَيْهِ اجْتِهَادُهُ وَلَا يَكُونَنَّ خَائِفًا في اجْتِهَادِهِ بعدما بَذَلَ مَجْهُودَهُ لِإِصَابَةِ الْحَقِّ فَلَا يَقُولَنَّ إنِّي أَرَى وَإِنِّي أَخَافُ لِأَنَّ الْخَوْفَ وَالشَّكَّ وَالظَّنَّ يَمْنَعُ من إصَابَةِ الْحَقِّ وَيَمْنَعُ من الِاجْتِهَادِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ جَرِيئًا جُسُورًا على الِاجْتِهَادِ بَعْدَ أَنْ لم يُقَصِّرْ في طَلَبِ الْحَقِّ حتى لو قَضَى مُجَازِفًا لم يَصِحَّ قَضَاؤُهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَإِنْ كان من أَهْلِ الِاجْتِهَادِ إلَّا أَنَّهُ إذَا كان لَا يَدْرِي حاله يُحْمَلُ على أَنَّهُ قَضَى بِرَأْيِهِ وَيُحْكَمُ بِالصِّحَّةِ حَمْلًا لِأَمْرِ الْمُسْلِمِ على الصِّحَّةِ وَالسَّدَادِ ما أَمْكَنَ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
هذا إذَا كان الْقَاضِي من أَهْلِ الِاجْتِهَادِ فَأَمَّا إذَا لم يَكُنْ من أَهْلِ الِاجْتِهَادِ فَإِنْ عَرَفَ أَقَاوِيلَ أَصْحَابِنَا وَحَفِظَهَا على الْإِحْكَامِ وَالْإِتْقَانِ عَمِلَ بِقَوْلِ من يَعْتَقِدُ قَوْلَهُ حَقًّا على التَّقْلِيدِ وَإِنْ لم يَحْفَظْ أَقَاوِيلَهُمْ عَمِلَ بِفَتْوَى أَهْلِ الْفِقْهِ في بَلَدِهِ من أَصْحَابِنَا وَإِنْ لم يَكُنْ في الْبَلَدِ إلَّا فَقِيهٌ وَاحِدٌ من قال يَسَعُهُ أَنْ يَأْخُذَ بِقَوْلِهِ وَنَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ عليه شَيْءٌ لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ من أَهْلِ الِاجْتِهَادِ بِنَفْسِهِ وَلَيْسَ هُنَاكَ سِوَاهُ من أَهْلِ الْفِقْهِ مَسَّتْ الضَّرُورَةُ إلَى الْأَخْذِ بِقَوْلِهِ
قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ }
وَلَوْ قَضَى بِمَذْهَبِ خَصْمِهِ وهو يَعْلَمُ ذلك لَا يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ لِأَنَّهُ قَضَى بِمَا هو بَاطِلٌ عِنْدَهُ في اعْتِقَادِهِ فَلَا يَنْفُذُ كما لو كان مُجْتَهِدًا فَتَرَكَ رَأْيَ نَفْسِهِ وَقَضَى بِرَأْيِ مُجْتَهِدٍ يَرَى رَأْيَهُ بَاطِلًا فإنه لَا يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ لِأَنَّهُ قَضَى بِمَا هو بَاطِلٌ في اجْتِهَادِهِ
كَذَا هذا
وَلَوْ نَسِيَ الْقَاضِي مَذْهَبَهُ فَقَضَى بِشَيْءٍ على ظَنِّ أَنَّهُ مَذْهَبُ نَفْسِهِ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ مَذْهَبُ خَصْمِهِ ذَكَرَ في شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ أَنَّ له أَنْ يُبْطِلَهُ ولم يذكر الْخِلَافَ لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ مُجْتَهِدًا تَبَيَّنَ أَنَّهُ قَضَى بِمَا لَا يَعْتَقِدُهُ حَقًّا فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ بَاطِلًا كما لو قَضَى وهو يَعْلَمُ أَنَّ ذلك مَذْهَبُ خَصْمِهِ
وَذَكَرَ في أَدَبِ الْقَاضِي أَنَّهُ يَصِحُّ قَضَاؤُهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَصِحُّ لَهُمَا أَنَّ الْقَاضِيَ مُقَصِّرٌ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ حِفْظُ مَذْهَبِ نَفْسِهِ وإذا لم يَحْفَظْ فَقَدْ قَصَّرَ وَالْمُقَصِّرُ غَيْرُ مَعْذُورٍ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ النِّسْيَانَ غَالِبٌ خُصُوصًا عِنْدَ تَزَاحُمِ الْحَوَادِثِ فَكَانَ مَعْذُورًا هذا إذَا لم يَكُنْ الْقَاضِي من أَهْلِ الِاجْتِهَادِ فَأَمَّا إذَا كان من أَهْلِ الِاجْتِهَادِ يَنْبَغِي أَنْ يَصِحَّ قَضَاؤُهُ في الْحُكْمِ بِالْإِجْمَاعِ وَلَا يَكُونُ لِقَاضٍ آخَرَ أَنْ يُبْطِلَهُ لِأَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ على النِّسْيَانِ بَلْ يُحْمَلُ على أَنَّهُ اجْتَهَدَ فَأَدَّى اجْتِهَادُهُ إلَى مَذْهَبِ خَصْمِهِ فَقَضَى بِهِ فَيَكُونُ قَضَاؤُهُ بِاجْتِهَادِهِ فَيَصِحُّ
وَإِنْ قَضَى في حَادِثَةٍ وَهِيَ مَحِلُّ الِاجْتِهَادِ بِرَأْيِهِ ثُمَّ رُفِعَتْ إلَيْهِ ثَانِيًا فَتَحَوَّلَ رَأْيُهُ

يَعْمَلُ بِالرَّأْيِ الثَّانِي وَلَا يُوجِبُ هذا نَقْضَ الْحُكْمِ بِالرَّأْيِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِالرَّأْيِ الْأَوَّلِ قَضَاءٌ مُجْمَعٌ على جَوَازِهِ لِاتِّفَاقِ أَهْلِ الِاجْتِهَادِ على أَنَّ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ في مَحِلِّ الِاجْتِهَادِ وَبِمَا يُؤَدِّي إلَيْهِ اجْتِهَادُهُ فَكَانَ هذا قَضَاءً مُتَّفَقًا على صِحَّتِهِ وَلَا اتِّفَاقَ على صِحَّةِ هذا الرَّأْيِ الثَّانِي فَلَا يَجُوزُ نَقْضُ الْمُجْمَعِ عليه بِالْمُخْتَلَفِ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ لِقَاضٍ آخَرَ أَنْ يُبْطِلَ هذا القضاء ((الاجتهاد)) كَذَا هذا

وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قَضَى في حَادِثَةٍ ثُمَّ قَضَى فيها بِخِلَافِ تِلْكَ الْقَضِيَّةِ فَسُئِلَ فقال تِلْكَ كما قَضَيْنَا وَهَذِهِ كما نقضى

وَلَوْ رُفِعَتْ إلَيْهِ ثَالِثًا فَتَحَوَّلَ رَأْيُهُ إلَى الْأَوَّلِ يُعْمَلُ بِهِ وَلَا يُبْطَلُ قَضَاؤُهُ بِالرَّأْيِ الثَّانِي بِالْعَمَلِ بِالرَّأْيِ الْأَوَّلِ كما لَا يُبْطَلُ قَضَاؤُهُ الْأَوَّلُ بِالْعَمَلِ بِالرَّأْيِ الثَّانِي لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ أَنَّ فَقِيهًا قال لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ أَلْبَتَّةَ وَمِنْ رَأْيِهِ أَنَّهُ بَائِنٌ فَأَمْضَى رَأْيَهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ وَعَزَمَ على

(7/5)

أنها قد حَرُمَتْ عليه ثُمَّ تَحَوَّلَ رَأْيُهُ إلَى أنها تَطْلِيقَةٌ وَاحِدَةٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فإن ((فإنه)) يَعْمَلُ بِرَأْيِهِ الْأَوَّلِ في حَقِّ هذه الْمَرْأَةِ تحرم ((وتحرم)) عليه وَإِنَّمَا يُعْمَلُ بِرَأْيِهِ الثَّانِي في الْمُسْتَقْبَلِ في حَقِّهَا وفي حَقِّ غَيْرِهَا لِأَنَّ الْأَوَّلَ رَأْيٌ أَمْضَاهُ بِالِاجْتِهَادِ وما أُمْضِيَ بِالِاجْتِهَادِ لَا يُنْقَضُ بِاجْتِهَادٍ مِثْلِهِ

وَكَذَلِكَ لو كان رَأْيُهُ أنها وَاحِدَةٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَعَزَمَ على أنها مَنْكُوحَةٌ ثُمَّ تَحَوَّلَ رَأْيُهُ إلَى أَنَّهُ بَائِنٌ فإنه يُعْمَلُ بِرَأْيِهِ الْأَوَّلِ وَلَا تَحْرُمُ عليه لِمَا قُلْنَا وَلَوْ لم يَكُنْ عَزَمَ على الْحُرْمَةِ في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ حتى تَحَوَّلَ رَأْيُهُ إلَى الْحِلِّ لَا تَحْرُمُ عليه وَكَذَا في الْفَصْلِ الثَّانِي لو لم يَكُنْ عَزَمَ على الْحِلِّ حتى تَحَوَّلَ رَأْيُهُ إلَى الْحُرْمَةِ تَحْرُمُ عليه لِأَنَّ نَفْسَ الِاجْتِهَادِ مَحِلُّ النَّقْضِ ما لم يَتَّصِلْ بِهِ الْإِمْضَاءُ وَاتِّصَالُ الْإِمْضَاءِ بِمَنْزِلَةِ اتِّصَالِ الْقَضَاءِ وَاتِّصَالُ الْقَضَاءِ يَمْنَعُ من النَّقْضِ فَكَذَا اتِّصَالُ الْإِمْضَاءِ

وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ إذَا لم يَكُنْ فَقِيهًا فَاسْتَفْتَى فَقِيهًا فَأَفْتَاهُ بِحَلَالٍ أو حَرَامٍ وَلَوْ لم يَكُنْ عَزَمَ على ذلك حتى أَفْتَاهُ فَقِيهٌ آخَرُ بِخِلَافِهِ فَأَخَذَ بِقَوْلِهِ وَأَمْضَاهُ في مَنْكُوحَتِهِ لم يَجُزْ له أَنْ يَتْرُكَ ما أَمْضَاهُ فيه وَيَرْجِعُ إلَى ما أَفْتَاهُ بِهِ الْأَوَّلُ لِأَنَّ الْعَمَلَ بِمَا أَمْضَى وَاجِبٌ لَا يَجُوزُ نَقْضُهُ مُجْتَهِدًا كان أو مُقَلِّدًا لِأَنَّ الْمُقَلِّدَ مُتَعَبِّدٌ بِالتَّقْلِيدِ كما أَنَّ الْمُجْتَهِدَ مُتَعَبِّدٌ بِالِاجْتِهَادِ ثُمَّ لم يَجُزْ لِلْمُجْتَهِدِ نَقْضُ ما أَمْضَاهُ فَكَذَا لَا يَجُوزُ ذلك لِلْمُقَلِّدِ

ثُمَّ ما ذَكَرْنَا من نَفَاذِ قَضَاءِ الْقَاضِي في مَحَلِّ الِاجْتِهَادِ بِمَا يُؤَدِّي إلَيْهِ اجْتِهَادُهُ إذَا لم يَكُنْ الْمَقْضِيُّ عليه وَالْمَقْضِيُّ له من أَهْلِ الرَّأْيِ وَالِاجْتِهَادِ أو كَانَا من أَهْلِ الرَّأْيِ وَالِاجْتِهَادِ وَلَكِنْ لم يُخَالِفْ رَأْيُهُمَا رَأْيَ الْقَاضِي

فَأَمَّا إذَا كَانَا من أَهْلِ الِاجْتِهَادِ وَخَالَفَ رَأْيُهُمَا رَأْيَ الْقَاضِي فَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي يَنْفُذُ على الْمَقْضِيِّ عليه في مَحَلِّ الِاجْتِهَادِ

سَوَاءٌ كان الْمَقْضِيُّ عليه عَامِّيًّا مُقَلِّدًا أو فَقِيهًا مُجْتَهِدًا يُخَالِفُ رَأْيُهُ رَأْيَ الْقَاضِي بِلَا خِلَافٍ

أَمَّا إذَا كان مُقَلِّدًا فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الْعَامِّيَّ يَلْزَمُهُ تَقْلِيدُ الْمُفْتِي فَتَقْلِيدُ الْقَاضِي

أَوْلَى وَكَذَا إذَا كان مُجْتَهِدًا لِأَنَّ الْقَضَاءَ في مَحَلِّ الِاجْتِهَادِ بِمَا يُؤَدِّي إلَيْهِ اجْتِهَادُ الْقَاضِي قَضَاءٌ مُجْمَعٌ على صِحَّتِهِ على ما مَرَّ وَلَا مَعْنَى لِلصِّحَّةِ إلَّا النَّفَاذُ على الْمَقْضِيِّ عليه

وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ إذَا قال الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ أَلْبَتَّةَ وَرَأَى الزَّوْجُ أَنَّهُ وَاحِدَةٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ وَرَأَى الْقَاضِي أَنَّهُ بَائِنٌ فَرَافَعَتْهُ الْمَرْأَةُ إلَى الْقَاضِي فَقَضَى بِالْبَيْنُونَةِ يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ بِالِاتِّفَاقِ لِمَا قُلْنَا

وَأَمَّا قَضَاؤُهُ لِلْمَقْضِيِّ له بِمَا يُخَالِفُ رَأْيَهُ هل يَنْفُذُ قال أبو يُوسُفَ لَا يَنْفُذُ وقال مُحَمَّدٌ يَنْفُذُ

وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ إذَا قال الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ أَلْبَتَّةَ وَرَأَى الزَّوْجُ أَنَّهُ بَائِنٌ وَرَأَى الْقَاضِي أَنَّهُ وَاحِدَةٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَرَافَعَتْهُ إلَى الْقَاضِي فَقَضَى بِتَطْلِيقَةٍ وَاحِدَةٍ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ لَا يَحِلُّ له الْمَقَامُ مَعَهَا عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَحِلُّ له

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ ما ذَكَرْنَا أَنَّ هذا قَضَاءٌ وَقَعَ الِاتِّفَاقُ على جَوَازِهِ لِوُقُوعِهِ في فَصْلٍ مُجْتَهَدٍ فيه فَيَنْفُذُ على الْمَقْضِيِّ عليه وَالْمَقْضِيِّ له لِأَنَّ الْقَضَاءَ له تَعَلُّقٌ بِهِمَا جميعا

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إلَّا بِمُطَالَبَةِ الْمَقْضِيِّ له

وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ صِحَّةَ الْقَضَاءِ إنْفَاذُهُ في مَحَلِّ الِاجْتِهَادِ يَظْهَرُ أَثَرُهُ في حَقِّ الْمَقْضِيِّ عليه لَا في حَقِّ الْمَقْضِيِّ له لِأَنَّ الْمَقْضِيَّ عليه مَجْبُورٌ في الْقَضَاءِ عليه فَأَمَّا المقضى له فَمُخْتَارٌ في الْقَضَاءِ له فَلَوْ اتَّبَعَ رَأْيَ الْقَاضِي إنَّمَا يَتْبَعُهُ تَقْلِيدًا وَكَوْنُهُ مُجْتَهِدًا يَمْنَعُ من التَّقْلِيدِ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِرَأْيِ نَفْسِهِ

وَعَلَى هذا كُلُّ تَحْلِيلٍ أو تَحْرِيمٍ أو إعْتَاقٍ أو أَخْذِ مَالٍ إذَا قَضَى الْقَاضِي بِمَا يُخَالِفُ رَأْيَ الْمَقْضِيِّ عليه أو له فَهُوَ على ما ذَكَرْنَا من الِاتِّفَاقِ وَالِاخْتِلَافِ

وَكَذَلِكَ الْمُقَلِّدُ إذَا أَفْتَاهُ إنْسَانٌ في حَادِثَةٍ ثُمَّ رُفِعَتْ إلَى الْقَاضِي فَقَضَى بِخِلَافِ رَأْيِ الْمُفْتِي فإنه يَأْخُذُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي وَيَتْرُكُ رَأْيَ الْمُفْتِي لِأَنَّ رَأْيَ الْمُفْتِي يَصِيرُ مَتْرُوكًا بِقَضَاءِ الْقَاضِي فما ظَنُّكَ بِالْمُقَلِّدِ ولم يذكر الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْخِلَافَ في هذا الْفَصْلِ وَذَكَرَهُ شَيْخُنَا رَحِمَهُ اللَّهُ

وَسَنَنْظُرُ فيه فِيمَا يَأْتِي إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ الْقَضَاءُ بِالْبَيِّنَةِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ الْعَادِلَةَ مُظْهِرَةٌ للمدعى فَكَانَ الْقَضَاءُ بِالْحَقِّ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ الْقَضَاءُ بِالْإِقْرَارِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يُقِرُّ على نَفْسِهِ كَاذِبًا

هذا هو الظَّاهِرُ فَكَانَ الْقَضَاءُ بِهِ قَضَاءً بِالْحَقِّ وَكَذَا الْقَضَاءُ بِالنُّكُولِ عِنْدَنَا فِيمَا يُقْضَى فيه بِالنُّكُولِ لِأَنَّ النُّكُولَ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا بَذْلٌ أو إقْرَارٌ وَكُلُّ ذلك دَلِيلُ صِدْقِ الْمُدَّعِي في دَعْوَاهُ لِمَا عُلِمَ فَكَانَ الْقَضَاءُ بِالنُّكُولِ قَضَاءً بِالْحَقِّ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ قَضَاءُ الْقَاضِي بِعِلْمِ نَفْسِهِ في الْجُمْلَةِ فَنَقُولُ تَفْصِيلُ الْكَلَامِ فيه أَنَّهُ لَا يَخْلُو إمَّا إن قَضَى بِعِلْمٍ اسْتَفَادَهُ في زَمَنِ الْقَضَاءِ وَمَكَانِهِ وهو الْمَوْضِعُ الذي قُلِّدَ قَضَاءَهُ وَإِمَّا إنْ قَضَى بِعِلْمٍ اسْتَفَادَهُ قبل زَمَانِ الْقَضَاءِ وفي غَيْرِ مَكَانِهِ وَإِمَّا إن قَضَى بِعِلْمٍ اسْتَفَادَهُ بَعْدَ زَمَانِ الْقَضَاءِ في غَيْرِ مَكَانِهِ فَإِنْ قَضَى بِعِلْمٍ اسْتَفَادَهُ في زَمَنِ الْقَضَاءِ وفي مَكَانِهِ بِأَنْ سمع رَجُلًا أَقَرَّ لِرَجُلٍ بِمَالٍ أو سَمِعَهُ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ أو يُعْتِقُ عَبْدَهُ أو يَقْذِفُ

رَجُلًا أو رَآهُ يَقْتُلُ إنْسَانًا وهو قَاضٍ في الْبَلَدِ الذي قُلِّدَ قَضَاءَهَا جَازَ قَضَاؤُهُ عِنْدَنَا وَلَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ بِهِ في الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا إلَّا أَنَّ في السَّرِقَةِ يَقْضِي بِالْمَالِ لَا بِالْقَطْعِ
وَلِلشَّافِعِيِّ فيه قَوْلَانِ في قَوْلٍ لَا يَجُوزُ له أَنْ يَقْضِيَ بِهِ في الْكُلِّ
وفي قَوْلٍ يَجُوزُ في الْكُلِّ
وَجْهُ قَوْلِهِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْقَاضِيَ مَأْمُورٌ بِالْقَضَاءِ بِالْبَيِّنَةِ وَلَوْ جَازَ له الْقَضَاءُ بِعِلْمِهِ لم يَبْقَ مَأْمُورًا بِالْقَضَاءِ بِالْبَيِّنَةِ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَفْصِلُ بين الْحُدُودِ وَغَيْرِهَا
وَجْهُ قَوْلِهِ الثَّانِي أَنَّ الْمَقْصُودَ من الْبَيِّنَةِ الْعِلْمُ بِحُكْمِ الْحَادِثَةِ وقد عُلِمَ وَهَذَا لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ بين الْحُدُودِ وَغَيْرِهَا لِأَنَّ عِلْمَهُ لَا يَخْتَلِفُ
وَلَنَا أَنَّهُ جَازَ له الْقَضَاءُ بِالْبَيِّنَةِ فَيَجُوزُ الْقَضَاءُ بِعِلْمِهِ بِطَرِيقِ الْأَوْلَى وَهَذَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ من الْبَيِّنَةِ ليس عَيْنَهَا بَلْ حُصُولُ الْعِلْمِ بِحُكْمِ الْحَادِثَةِ وَعِلْمُهُ الْحَاصِلُ بِالْمُعَايَنَةِ أَقْوَى من عِلْمِهِ الْحَاصِلِ بِالشَّهَادَةِ لِأَنَّ الْحَاصِلَ بِالشَّهَادَةِ عِلْمُ غَالِبِ الرَّأْيِ وَأَكْثَرُ الظَّنِّ وَالْحَاصِلُ بِالْحِسِّ وَالْمُشَاهَدَةِ عِلْمُ الْقَطْعِ وَالْيَقِينِ فَكَانَ هذا أَقْوَى فَكَانَ الْقَضَاءُ بِهِ أَوْلَى إلَّا أَنَّهُ لَا يَقْضِي بِهِ في الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ
لِأَنَّ الْحُدُودَ يُحْتَاطُ في دَرْئِهَا وَلَيْسَ من الِاحْتِيَاطِ فيها الِاكْتِفَاءُ بِعِلْمِ نَفْسِهِ وَلِأَنَّ الْحُجَّةَ في وَضْعِ الشَّيْءِ هِيَ الْبَيِّنَةُ التي تَتَكَلَّمُ بها وَمَعْنَى الْبَيِّنَةِ وَإِنْ وُجِدَ فَقَدْ فَاتَتْ صُورَتُهَا وَفَوَاتُ الصُّورَةِ يُورِثُ شُبْهَةً وَالْحُدُودُ تُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ بِخِلَافِ الْقِصَاصِ فإنه حَقُّ الْعَبْدِ وَحُقُوقُ الْعِبَادِ لَا يُحْتَاطُ في إسْقَاطِهَا وَكَذَا حَدُّ الْقَذْفِ لِأَنَّ فيه حَقَّ الْعَبْدِ وَكِلَاهُمَا لَا يَسْقُطَانِ بِشُبْهَةِ فَوَاتِ الصُّورَةِ
هذا إذَا قَضَى بِعِلْمٍ اسْتَفَادَهُ في زَمَنِ الْقَضَاءِ وَمَكَانِهِ فَأَمَّا إذَا قَضَى بِعِلْمٍ اسْتَفَادَهُ في غَيْرِ زَمَنِ الْقَضَاءِ وَمَكَانِهِ أو في زَمَانِ الْقَضَاءِ في غَيْرِ مَكَانِهِ وَذَلِكَ قبل أَنْ يَصِلَ إلَى الْبَلَدِ الذي وَلِيَ قَضَاءَهُ فإنه لَا يَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ أَصْلًا وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ فِيمَا سِوَى الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ فَأَمَّا في الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ فَلَا يَجُوزُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ لَمَّا جَازَ أَنْ يَقْضِيَ بِالْعِلْمِ الْمُسْتَفَادِ في زَمَنِ الْقَضَاءِ جَازَ له أَنْ يَقْضِيَ بِالْعِلْمِ الْمُسْتَفَادِ قبل زَمَنِ الْقَضَاءِ لِأَنَّ الْعِلْمَ في الْحَالَيْنِ على حَدٍّ وَاحِدٍ إلَّا أَنَّ هَهُنَا اسْتَدَامَ الْعِلْمُ الذي كان له قبل الْقَضَاءِ بتجد (((بتجدد))) أَمْثَالِهِ وَهُنَاكَ حَدَثَ له عِلْمٌ لم يَكُنْ وَهُمَا سَوَاءٌ في الْمَعْنَى إلَّا أَنَّهُ لم يَقْضِ بِهِ في الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ لِتَمَكُّنِ الشُّبْهَةِ فيه بِاعْتِبَارِ التُّهْمَةِ وَالشُّبْهَةُ تُؤَثِّرُ في الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ وَلَا تُؤَثِّرُ في حُقُوقِ الْعِبَادِ على ما مَرَّ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ الْفَرْقُ بين الْعِلْمَيْنِ وهو أَنَّ الْعِلْمَ الْحَادِثَ له في زَمَنِ الْقَضَاءِ عِلْمٌ في وَقْتٍ هو مُكَلَّفٌ فيه بِالْقَضَاءِ فَأَشْبَهَ الْبَيِّنَةَ الْقَائِمَةَ فيه وَالْعِلْمُ الْحَاصِلُ في غَيْرِ زَمَانِ الْقَضَاءِ عِلْمٌ في وَقْتٍ هو غَيْرُ مُكَلَّفٍ فيه بِالْقَضَاءِ فَأَشْبَهَ الْبَيِّنَةَ الْقَائِمَةَ فيه وَهَذَا لِأَنَّ الْأَصْلَ في صِحَّةِ الْقَضَاءِ هو الْبَيِّنَةُ إلَّا أَنَّ غَيْرَهَا قد يَلْحَقُ بها إذَا كان في مَعْنَاهَا وَالْعِلْمُ الْحَادِثُ في زَمَانِ الْقَضَاءِ في مَعْنَى الْبَيِّنَةِ يَكُونُ حَادِثًا في وَقْتٍ هو مُكَلَّفٌ بِالْقَضَاءِ فَكَانَ في مَعْنَى الْبَيِّنَةِ وَالْحَاصِلُ قبل زَمَانِ الْقَضَاءِ أو قبل الْوُصُولِ إلَى مَكَانِهِ حَاصِلٌ في وَقْتٍ هو غَيْرُ مُكَلَّفٍ بِالْقَضَاءِ فلم يَكُنْ في مَعْنَى الْبَيِّنَةِ فلم يَجُزْ الْقَضَاءُ بِهِ فَهُوَ الْفَرْقُ بين الْعِلْمَيْنِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ الْقَضَاءُ بِكِتَابِ القضاء (((القاضي))) فَنَقُولُ لِقَبُولِ الْكِتَابِ من الْقَاضِي شَرَائِطُ منها الْبَيِّنَةُ على أَنَّهُ كِتَابُهُ فَتَشْهَدُ الشُّهُودُ على أَنَّ هذا كِتَابُ فُلَانٍ الْقَاضِي ويذكرون (((ويذكروا))) اسْمَهُ وَنَسَبَهُ لِأَنَّهُ لَا يُعْرَفُ أَنَّهُ كِتَابُهُ بِدُونِهِ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْكِتَابُ مَخْتُومًا وَيَشْهَدُوا على أَنَّ هذا خَتْمُهُ لِصِيَانَتِهِ عن الْخَلَلِ فيه
وَمِنْهَا أَنْ يَشْهَدُوا بِمَا في الْكِتَابِ بِأَنْ يَقُولُوا إنَّهُ قَرَأَهُ عليهم مع الشَّهَادَةِ بِالْخَتْمِ
وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا شَهِدُوا بِالْكِتَابِ وَالْخَاتَمِ تُقْبَلُ وَإِنْ لم يَشْهَدُوا بِمَا في الْكِتَابِ
وَكَذَا إذَا شَهِدُوا بِالْكِتَابِ وَبِمَا في جَوْفِهِ تُقْبَلُ وَإِنْ لم يَشْهَدُوا بِالْخَاتَمِ بِأَنْ قالوا لم يُشْهِدْنَا على الْخَاتَمِ أو لم يَكُنْ الْكِتَابُ مَخْتُومًا أَصْلًا
لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمَقْصُودَ من هذه الشَّهَادَةِ حُصُولُ الْعِلْمِ لِلْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إلَيْهِ بِأَنَّ هذا كِتَابُ فُلَانٍ الْقَاضِي وَهَذَا يَحْصُلُ بِمَا ذَكَرْنَا
وَلَهُمَا أَنَّ الْعِلْمَ بِأَنَّهُ كِتَابُ فُلَانٍ لَا يَحْصُلُ إلَّا بِالْعِلْمِ بِمَا فيه وَلَا بُدَّ من الشَّهَادَةِ بِمَا فيه لِتَكُونَ شَهَادَتُهُمْ على عِلْمٍ بِالْمَشْهُودِ بِهِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ بين الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إلَيْهِ وَبَيْنَ الْقَاضِي الْكَاتِبِ مَسِيرَةُ سَفَرٍ فَإِنْ كان دُونَهُ لم تُقْبَلْ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِكِتَابِ الْقَاضِي أَمْرٌ جُوِّزَ لِحَاجَةِ الناس بِطَرِيقِ الرُّخْصَةِ لِأَنَّهُ قَضَاءٌ بِالشَّهَادَةِ الْقَائِمَةِ على غَائِبٍ من غَيْرِ أَنْ يَكُونَ عِنْدَ خَصْمٍ حَاضِرٍ لَكِنْ جُوِّزَ لِلضَّرُورَةِ وَلَا ضَرُورَةَ فِيمَا دُونَ مَسِيرَةِ السَّفَرِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ في الدَّيْنِ وَالْعَيْنِ التي لَا حَاجَةَ إلَى الْإِشَارَةِ إلَيْهَا عِنْدَ الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ كَالدُّورِ وَالْعَقَارِ
وَأَمَّا في الْأَعْيَانِ التي تَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى الْإِشَارَةِ إلَيْهَا كَالْمَنْقُولِ من الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ لَا تُقْبَلُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ

وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ الْأَوَّلُ رَحِمَهُ اللَّهُ ثُمَّ رَجَعَ وقال تُقْبَلُ في الْعَبْدِ خَاصَّةً إذَا أَبَقَ وَأُخِذَ في بَلَدٍ فَأَقَامَ صَاحِبُهُ الْبَيِّنَةَ عِنْدَ قَاضِي بَلَدِهِ أَنَّ عَبْدَهُ أَخَذَهُ فُلَانٌ في بَلَدِ كَذَا فَشَهِدَ الشُّهُودُ على الْمِلْكِ أو على صِفَةِ الْعَبْدِ وَحِلْيَتِهِ فإنه يَكْتُبُ إلَى قَاضِي الْبَلَدِ الذي الْعَبْدُ فيه أَنَّهُ قد شَهِدَ الشُّهُودُ عِنْدِي أَنَّ عَبْدًا صِفَتُهُ وَحِلْيَتُهُ كَذَا وَكَذَا مِلْكُ فُلَانٍ أَخَذَهُ فُلَانُ بن فُلَانٍ يَنْسِبُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إلَى إبيه وَإِلَى جَدِّهِ على رَسْمِ كِتَابِ الْقَاضِي إلَى الْقَاضِي
وإذا وَصَلَ إلَى الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إلَيْهِ وَعَلِمَ أَنَّهُ كِتَابُهُ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ يُسَلِّمُ الْعَبْدَ إلَيْهِ وَيَخْتِمُ في عُنُقِهِ وَيَأْخُذُ منه كَفِيلًا ثُمَّ يَبْعَثُ بِهِ إلَى الْقَاضِي الْكَاتِبِ حتى يَشْهَدَ الشُّهُودُ عليه عِنْدَهُ بِعَيْنِهِ على الْإِشَارَةِ إلَيْهِ ثُمَّ يَكْتُبُ الْقَاضِي الْكَاتِبُ له كِتَابًا آخَرَ إلَى ذلك الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إلَيْهِ أَوَّلَ مَرَّةٍ فإذا عَلِمَ أَنَّهُ كِتَابُهُ قَبِلَهُ وَقَضَى وسلم الْعَبْدَ إلَى الذي جاء بِالْكِتَابِ وَأَبْرَأَ كَفِيلَهُ وَلَا يُقْبَلُ في الْجَارِيَةِ بِالْإِجْمَاعِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْحَاجَةَ إلَى قَبُولِ كِتَابِ الْقَاضِي في الْعَبْدِ مُتَحَقِّقَةٌ لِعُمُومِ الْبَلْوَى بِهِ فَلَوْ لم يُقْبَلْ لَضَاقَ الْأَمْرُ على الناس وَلَضَاعَتْ أَمْوَالُهُمْ وَلَا حَاجَةَ إلَيْهِ في الْأَمَةِ لِأَنَّهَا لَا تَهْرَبُ عَادَةً لِعَجْزِهَا وَضَعْفِ بِنْيَتِهَا وَقَلْبِهَا
وَلَهُمَا أَنَّ الشَّهَادَةَ لَا تُقْبَلُ إلَّا على مَعْلُومٍ لِلْآيَةِ الْكَرِيمَةِ { إلَّا من شَهِدَ بِالْحَقِّ

وَهُمْ يَعْلَمُونَ } وَالْمَنْقُولُ لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا إلَّا بِالْإِشَارَةِ إلَيْهِ وَالْإِشَارَةُ إلَى الْغَائِبِ مُحَالٌ فلم تَصِحَّ شَهَادَةُ الشُّهُودِ وَلَا دَعْوَى الْمُدَّعِي لِجَهَالَةِ المدعى فَلَا يُقْبَلُ الْكِتَابُ فيه وَلِهَذَا لم يُقْبَلْ في الْجَارِيَةِ وفي سَائِرِ الْمَنْقُولَاتِ بِخِلَافِ الْعَقَارِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَعْلُومًا بِالتَّحْدِيدِ وَبِخِلَافِ الدَّيْنِ لِأَنَّ الدَّيْنَ يَصِيرُ مَعْلُومًا بِالْوَصْفِ

وَهَذَا الذي ذَكَرْنَا مَذْهَبُ أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ

وقال ابن أبي لَيْلَى رَحِمَهُ اللَّهُ يُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إلَى الْقَاضِي في الْكُلِّ وَقُضَاةُ زَمَانِنَا يَعْمَلُونَ بِمَذْهَبِهِ لِحَاجَةِ الناس

وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي الْمُرْسَلِ إلَيْهِ أَنْ لَا يَفُكَّ الْكِتَابَ إلَّا بِمَحْضَرٍ من الْخَصْمِ لِيَكُونَ أَبْعَدَ من التُّهْمَةِ

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ في الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ لِأَنَّ كِتَابَ الْقَاضِي إلَى الْقَاضِي بِمَنْزِلَةِ الشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ وَأَنَّهُ لَا تُقْبَلُ فِيهِمَا

كَذَا هذا

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ اسْمُ الْمَكْتُوبِ له وَعَلَيْهِ وَاسْمُ أبيه وَجَدِّهِ وَفَخِذِهِ مَكْتُوبًا في الْكِتَابِ حتى لو نَسَبَهُ إلَى أبيه ولم يذكر اسْمَ جَدِّهِ أو نَسَبَهُ إلَى قَبِيلَةٍ كَبَنِي تَمِيمٍ وَنَحْوِهِ لَا يَقْبَلُ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ لَا يَحْصُلُ بِهِ إلَّا وَأَنْ يَكُونَ شيئا ظَاهِرًا مَشْهُورًا أَشْهَرَ من الْقَبِيلَةِ فَيُقْبَلُ لِحُصُولِ التَّعْرِيفِ

وَمِنْهَا ذِكْرُ الْحُدُودِ في الدُّورِ وَالْعَقَارِ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ في الْمَحْدُودِ لَا يَصِحُّ إلَّا بِذِكْرِ الْحَدِّ

وَلَوْ ذَكَرَ في الْكِتَابِ ثَلَاثَةَ حُدُودٍ يُقْبَلُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُقْبَلُ ما لم يَشْهَدُوا على الْحُدُودِ الْأَرْبَعَةِ

وَلَوْ شَهِدُوا على حَدَّيْنِ لَا تُقْبَلُ بِالْإِجْمَاعِ وإذا كانت الدَّارُ مَشْهُورَةً كَدَارِ الْأَمِيرِ وَغَيْرِهِ لَا تُقْبَلُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ

وَهَذِهِ من مَسَائِلِ الشُّرُوطِ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي الْكَاتِبُ على قَضَائِهِ عِنْدَ وُصُولِ كِتَابِهِ إلَى الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إلَيْهِ حتى لو مَاتَ أو عُزِلَ قبل الْوُصُولِ إلَيْهِ لم يُعْمَلْ بِهِ وَلَوْ مَاتَ بَعْدَ وُصُولِ الْكِتَابِ إلَيْهِ جَازَ له أَنْ يَقْضِيَ بِهِ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي الْمَكْتُوبُ إلَيْهِ على قَضَائِهِ حتى لو مَاتَ أو عُزِلَ قبل وُصُولِ الْكِتَابِ إلَيْهِ ثُمَّ وَصَلَ إلَى الْقَاضِي الذي وَلِيَ مَكَانَهُ لم يُعْمَلْ بِهِ لِأَنَّهُ لم يَكْتُبْ إلَيْهِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي الْكَاتِبُ من أَهْلِ الْعَدْلِ فَإِنْ كان من أَهْلِ الْبَغْيِ لم يَعْمَلْ بِهِ قَاضِي أَهْلِ الْعَدْلِ بَلْ يَرُدُّهُ كَبْتًا وَغَيْظًا لهم

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ لِلَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى خَالِصًا لِأَنَّ الْقَضَاءَ عِبَادَةٌ وَالْعِبَادَةُ إخْلَاصُ الْعَمَلِ بِكُلِّيَّتِهِ لِلَّهِ عز وجل فَلَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ لِنَفْسِهِ وَلَا لِمَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ له لِأَنَّ الْقَضَاءَ له قَضَاءٌ لِنَفْسِهِ من وَجْهٍ فلم يَخْلُصْ لِلَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى

وَكَذَا إذَا قَضَى في حَادِثَةٍ بِرِشْوَةٍ لَا يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ في تِلْكَ الْحَادِثَةِ وَإِنْ قَضَى بِالْحَقِّ الثَّابِتِ عِنْدَ اللَّهِ جل (((جلا))) وَعَلَا من حُكْمِ الْحَادِثَةِ لِأَنَّهُ إذَا أَخَذَ على الْقَضَاءِ رِشْوَةً فَقَدْ قَضَى لِنَفْسِهِ لَا لِلَّهِ عز اسْمُهُ فلم يَصِحَّ

وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَقْضِيِّ له فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِلْقَاضِي فَإِنْ كان مِمَّنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ له لَا يَجُوزُ قَضَاءُ الْقَاضِي له لِمَا قُلْنَا وَاَللَّهُ تَعَالَى الْمُوَفِّقُ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ حَاضِرًا وَقْتَ الْقَضَاءِ فَإِنْ كان غَائِبًا لم يَجُزْ الْقَضَاءُ له إلَّا إذَا كان عنه خَصْمٌ حَاضِرٌ لِأَنَّ الْقَضَاءَ على الْغَائِبِ كما لَا يَجُوزُ فَالْقَضَاءُ لِلْغَائِبِ أَيْضًا لَا يَجُوزُ

وَمِنْهَا طَلَبُ الْقَضَاءِ من الْقَاضِي في حُقُوقِ الْعِبَادِ لِأَنَّ الْقَضَاءَ وَسِيلَةٌ إلَى حَقِّهِ فَكَانَ حَقُّهُ وَحَقُّ الْإِنْسَانِ لَا يُسْتَوْفَى إلَّا بِطَلَبِهِ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَقْضِيِّ عليه فَحَضْرَتُهُ حتى لَا يَجُوزَ الْقَضَاءُ على الْغَائِبِ إذَا لم يَكُنْ عنه خَصْمٌ حَاضِرٌ وَهَذَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس

(7/8)

بِشَرْطٍ وَالْمَسْأَلَةُ ذُكِرَتْ في كِتَابِ الدَّعْوَى وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا آدَابُ الْقَضَاءِ فَكَثِيرَةٌ وَالْأَصْلُ فيها كِتَابُ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه إلَى أبي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ سَمَّاهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ كِتَابَ السِّيَاسَةِ وَفِيهِ أَمَّا بَعْدُ فإن الْقَضَاءَ فَرِيضَةٌ مُحْكَمَةٌ وَسُنَّةٌ مُتَّبَعَةٌ فَافْهَمْ إذَا أُدْلِيَ إلَيْكَ فإنه لَا يَنْفَعُ تَكَلُّمُ بِحَقٍّ لَا نَفَاذَ له آسِ بين الناس في وَجْهِكَ وَمَجْلِسِكَ وَعَدْلِكَ حتى لَا يَطْمَعَ شَرِيفٌ في حَيْفِكَ وَلَا يَيْأَسَ ضَعِيفٌ من عَدْلِكَ وفي رِوَايَةٍ لا يَخَافُ ضَعِيفٌ جَوْرَكَ
الْبَيِّنَةُ على الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ على من أَنْكَرَ
الصُّلْحُ جَائِزٌ بين الْمُسْلِمِينَ إلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أو حَرَّمَ حَلَالًا وَلَا يَمْنَعُكَ قَضَاءٌ قَضَيْتَهُ بِالْأَمْسِ رَاجَعْتَ فيه نَفْسَكَ وَهُدِيتَ فيه لِرُشْدِكَ أَنْ تُرَاجِعَ الْحَقَّ فإن الْحَقَّ قَدِيمٌ لَا يَبْطُلُ وَمُرَاجَعَةُ الْحَقِّ خَيْرٌ من التَّمَادِي في الْبَاطِلِ الْفَهْمَ الْفَهْمَ فِيمَا يَخْتَلِجُ في صَدْرِكَ مِمَّا لم يَبْلُغْكَ في الْقُرْآنِ الْعَظِيمِ وَالسُّنَّةِ ثُمَّ اعْرِفْ الْأَمْثَالَ وَالْأَشْبَاهَ وَقِسْ الْأُمُورَ عِنْدَ ذلك فَاعْمَدْ إلَى أَحَبِّهَا وَأَقْرَبِهَا إلَى اللَّهِ تَبَارَكَ وتعالى وَأَشْبَهِهَا بِالْحَقِّ اجْعَلْ لِلْمُدَّعِي أَمَدًا يَنْتَهِي إلَيْهِ فإذا أَحْضَرَ بَيِّنَةً أَخَذَ بِحَقِّهِ وَإِلَّا وَجَبَ الْقَضَاءُ عليه
وفي رِوَايَةٍ وَإِنْ عَجَزَ عنها اسْتَحْلَلْتَ عليه الْقَضَاءَ فإن ذلك أَبْلَغُ في الْعُذْرِ وَأَجْلَى لِلْعَمَى الْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ على بَعْضٍ إلَّا مَجْدُودًا في قَذْفٍ أو ظَنِينًا في وَلَاءٍ أو قَرَابَةٍ أو مُجَرَّبًا عليه شَهَادَةُ زُورٍ فإن اللَّهَ تَعَالَى تَوَلَّى مِنْكُمْ السِّرَّ وفي رِوَايَةٍ السَّرَائِرَ وَدَرَأَ عَنْكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ إيَّاكَ وَالْغَضَبَ وَالْقَلَقَ وَالضَّجَرَ وَالتَّأَذِّي بِالنَّاسِ لِلْخُصُومِ في مَوَاطِنِ الْحَقِّ الذي يُوجِبُ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِهِ الْأَجْرَ وَيُحْسِنُ بِهِ الذُّخْرَ وَأَنَّ من يُخْلِصُ نِيَّتَهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى وَلَوْ على نَفْسِهِ في الْحَقِّ يَكْفِهِ اللَّهُ تَعَالَى فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الناس وَمَنْ يَتَزَيَّنْ لِلنَّاسِ بِمَا يَعْلَمُ اللَّهُ منه خِلَافَهُ شَانَهُ اللَّهُ عز وجل فإنه سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لَا يَقْبَلُ من الْعِبَادَةِ إلَّا ما كان خَالِصًا فما ظَنُّكَ بِثَوَابٍ عن اللَّهِ سُبْحَانَهُ من عَاجِلِ رِزْقِهِ وَخَزَائِنِ رَحْمَتِهِ وَالسَّلَامُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي فَهِمًا عِنْدَ الْخُصُومَةِ فَيَجْعَلُ فَهْمَهُ وَسَمْعَهُ وَقَلْبَهُ إلَى كَلَامِ الْخَصْمَيْنِ لِقَوْلِ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه في كِتَابِ السياسية
(((السياسة))) فَافْهَمْ إذَا أُولِيَ إلَيْكَ
وَلِأَنَّ من الْجَائِزِ أَنْ يَكُونَ الْحَقُّ مع أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ فإذا لم يَفْهَمْ الْقَاضِي كَلَامَهُمَا يَضِيعُ الْحَقُّ وَذَلِكَ قَوْلُهُ رضي اللَّهُ تعالى عنه فإنه لَا يَنْفَعُ تَكَلُّمُ بِحَقٍّ لَا نَفَاذَ له
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ قَلِقًا وَقْتَ الْقَضَاءِ لِقَوْلِ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه إيَّاكَ وَالْقَلَقَ وَهَذَا نَدْبٌ إلَى السُّكُونِ وَالتَّثْبِيتِ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ ضَجِرًا عِنْدَ الْقَضَاءِ إذَا اجْتَمَعَ عليه الْأُمُورُ فَضَاقَ صَدْرُهُ

لِقَوْلِهِ رضي اللَّهُ عنه إيَّاكَ وَالضَّجَرَ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ غَضْبَانَ وَقْتَ الْقَضَاءِ لِقَوْلِ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه إيَّاكَ وَالْغَضَبَ وقال عليه الصلاة (((وسلم))) والسلام لَا يَقْضِي الْقَاضِي وهو غَضْبَانُ
وَلِأَنَّهُ يُدْهِشُهُ عن التَّأَمُّلِ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ جَائِعًا وَلَا عَطْشَانَ وَلَا مُمْتَلِئًا لِأَنَّ هذه الْعَوَارِضَ من الْقَلَقِ وَالضَّجَرِ وَالْغَضَبِ وَالْجُوعِ وَالْعَطَشِ وَالِامْتِلَاءِ مِمَّا يَشْغَلُهُ عن الْحَقِّ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَقْضِيَ وهو يَمْشِي على الْأَرْضِ أو يَسِيرُ على الدَّابَّةِ لِأَنَّ الْمَشْيَ وَالسَّيْرَ يَشْغَلَانِهِ عن النَّظَرِ وَالتَّأَمُّلِ في كَلَامِ الْخَصْمَيْنِ
وَلَا بَأْسَ بان يَقْضِيَ وهو متكىء (((متكئ))) لِأَنَّ الِاتِّكَاءَ لَا يَقْدَحُ في التَّأَمُّلِ وَالنَّظَرِ
وَمِنْهَا أَنْ يُسَوِّيَ بين الْخَصْمَيْنِ في الْجُلُوسِ فَيُجْلِسُهُمَا بين يَدَيْهِ لَا عن يَمِينِهِ وَلَا عن يَسَارِهِ لِأَنَّهُ لو فَعَلَ ذلك فَقَدْ قَرَّبَ أَحَدَهُمَا في مَجْلِسِهِ
وَكَذَا أَلا يُجْلِسُ أَحَدَهُمَا عن يَمِينِهِ وَالْآخَرَ عن يَسَارِهِ
لِأَنَّ لِلْيَمِينِ فَضْلًا على الْيَسَارِ
وقد رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ وَأُبَيَّ بن كَعْبٍ رضي اللَّهُ عنهما اخْتَصَمَا في حَادِثَةٍ إلَى زَيْدِ بن ثَابِتٍ فَأَلْقَى لِسَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه وِسَادَةً
فقال سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه هذا أَوَّلُ جَوْرِكَ
وَجَلَسَ بين يَدَيْهِ
وَمِنْهَا أَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَهُمَا في النَّظَرِ وَالنُّطْقِ وَالْخَلْوَةِ
فَلَا يَنْطَلِقُ بِوَجْهِهِ إلَى أَحَدِهِمَا
وَلَا يُسَارَّ أَحَدَهُمَا وَلَا يومىء إلَى أَحَدِهِمَا بِشَيْءٍ دُونَ خَصْمِهِ
وَلَا يَرْفَعُ صَوْتَهُ على أَحَدِهِمَا وَلَا يُكَلِّمُ أَحَدَهُمَا بِلِسَانٍ لَا يَعْرِفُهُ الْآخَرُ وَلَا يَخْلُو بِأَحَدٍ في مَنْزِلِهِ وَلَا يُضَيِّفُ أَحَدَهُمَا فَيَعْدِلُ بين الْخَصْمَيْنِ في هذا كُلِّهِ لِمَا في تَرْكِ الْعَدْلِ فيه من كَسْرِ قَلْبِ الْآخَرِ وَيُتَّهَمُ الْقَاضِي بِهِ أَيْضًا
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَقْبَلَ الْهَدِيَّةَ من أَحَدِهِمَا إلَّا إذَا كان لَا يَلْحَقُهُ بِهِ تُهْمَةٌ
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْمُهْدِي لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ رَجُلًا كان يهدى إلَيْهِ قبل تَقْلِيدِ الْقَضَاءِ وَإِمَّا إن كان لَا يهدى إلَيْهِ فأما إنْ كان قَرِيبًا له أو أَجْنَبِيًّا فَإِنْ كان قَرِيبًا له يُنْظَرُ إنْ كان له خُصُومَةٌ في الْحَالِ فإنه لَا يَقْبَلُ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُ التُّهْمَةُ وَإِنْ كان لَا خُصُومَةَ له في الْحَالِ يَقْبَلُ لِأَنَّهُ لَا تُهْمَةَ فيه وَإِنْ كان أَجْنَبِيًّا

لَا يَقْبَلُ سَوَاءٌ كان له خُصُومَةٌ في الْحَالِ أو لَا لِأَنَّهُ إنْ كان له خُصُومَةٌ في الْحَالِ كان بِمَعْنَى الرِّشْوَةِ وَإِنْ لم يَكُنْ فَرُبَّمَا يَكُونُ له خُصُومَةٌ في الْحَالِ يَأْتِي بَعْدَ ذلك فَلَا يَقْبَلُ وَلَوْ قَبِلَ يَكُونُ لِبَيْتِ الْمَالِ
هذا إذَا كان الرَّجُلُ لَا يُهْدِي إلَيْهِ قبل تَقْلِيدِ الْقَضَاءِ فَأَمَّا إذَا كان يُهْدِي إلَيْهِ فَإِنْ كان له في الْحَالِ خُصُومَةٌ لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ فيه وَإِنْ كان لَا خُصُومَةَ له في الْحَالِ يُنْظَرُ إنْ كان أَهْدَى مِثْلَ ما كان يُهْدِي أو أَقَلَّ يَقْبَلُ لِأَنَّهُ لَا تُهْمَةَ فيه وَإِنْ كان أَكْثَرَ من ذلك يَرُدُّ الزِّيَادَةَ عليه وَإِنْ قَبِلَ كان لِبَيْتِ الْمَالِ وَإِنْ لم يَقْبَلْ لِلْحَالِ حتى انْقَضَتْ الْخُصُومَةُ ثُمَّ قَبِلَهَا لَا بَأْسَ بِهِ

وَمِنْهَا أَنْ لَا يُجِيبَ الدَّعْوَةَ الْخَاصَّةَ بِأَنْ كَانُوا خَمْسَةً أو عَشَرَةً لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو من التُّهْمَةِ إلَّا إذَا كان صَاحِبُ الدَّعْوَةِ مِمَّنْ كان يَتَّخِذُ له الدَّعْوَةَ قبل الْقَضَاءِ أو كان بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْقَاضِي قَرَابَةٌ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَحْضُرَ إذَا لم يَكُنْ له خُصُومَةٌ لِانْعِدَامِ التُّهْمَةِ فَإِنْ عَرَفَ الْقَاضِي له خُصُومَةً لم يَحْضُرْهَا
وَأَمَّا الدَّعْوَةُ الْعَامَّةُ فَإِنْ كانت بِدْعَةً كَدَعْوَةِ الْمُبَارَاةِ وَنَحْوِهَا لَا يَحِلُّ له أَنْ يَحْضُرَهَا لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ لِغَيْرِ الْقَاضِي إجَابَتُهَا فَالْقَاضِي أَوْلَى
وَإِنْ كانت سُنَّةً كَوَلِيمَةِ الْعُرْسِ وَالْخِتَانِ فإنه يُجِيبُهَا لِأَنَّهُ إجَابَةُ السُّنَّةِ وَلَا تُهْمَةَ فيه
وَمِنْهَا أَنْ لَا يُلَقِّنَ أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ حُجَّتَهُ لِأَنَّ فيه مَكْسَرَةَ قَلْبِ الْآخَرِ وَلِأَنَّ فيه إعَانَةَ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ فَيُوجِبُ التُّهْمَةَ غير أَنَّهُ إنْ تَكَلَّمَ أَحَدُهُمَا أَسْكَتَ الْآخَرَ لِيَفْهَمَ كَلَامَهُ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يُلَقِّنَ الشَّاهِدَ بَلْ يَتْرُكُهُ يَشْهَدُ بِمَا عِنْدَهُ فَإِنْ أَوْجَبَ الشَّرْعُ قَبُولَهُ قَبِلَهُ وَإِلَّا رَدَّهُ
وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ الْأَوَّلُ ثُمَّ رَجَعَ وقال لَا بَأْسَ بِتَلْقِينِ الشَّاهِدِ بِأَنْ يَقُولَ أَتَشْهَدُ بِكَذَا وَكَذَا وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ من الْجَائِزِ أَنَّ الشَّاهِدَ يَلْحَقُهُ الْحَصْرُ لِمَهَابَةِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَيُعْجِزُهُ عن إقَامَةِ الْحُجَّةِ فَكَانَ التَّلْقِينُ تَقْوِيمًا لِحُجَّةٍ ثَابِتَةٍ فَلَا بَأْسَ بِهِ
وَلَهُمَا أَنَّ الْقَاضِيَ يُتَّهَمُ بِتَلْقِينِ الشَّاهِدِ فَيَتَحَرَّجُ عنه
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَعْبَثَ بِالشُّهُودِ لِأَنَّ ذلك يُشَوِّشُ عليهم عُقُولَهُمْ فَلَا يُمَكِّنُهُمْ أَدَاءُ الشَّهَادَةِ على وَجْهِهَا وإذا اتَّهَمَ الشُّهُودَ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُفَرِّقَهُمْ عِنْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ فَيَسْأَلَهُمْ أَيْنَ كان وَمَتَى كان فَإِنْ اخْتَلَفُوا اخْتِلَافًا يُوجِبُ رَدَّ الشَّهَادَةِ رَدَّهَا وَإِلَّا فَلَا
وَيَشْهَدُ الْقَاضِي الْجِنَازَةَ لِأَنَّ ذلك حَقُّ الْمَيِّتِ على الْمُسْلِمِينَ فلم يَكُنْ مُتَّهَمًا في أَدَاءِ سُنَّةٍ فَيَحْضُرُهَا إلَّا إذَا اجْتَمَعَتْ الْجَنَائِزُ على وَجْهٍ لو حَضَرَهَا كُلَّهَا لَشَغَلَهُ ذلك عن أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ فَلَا بَأْسَ أَنْ لَا يَشْهَدَ لِأَنَّ الْقَضَاءَ فَرْضُ عَيْنٍ وَصَلَاةُ الْجِنَازَةِ فَرْضُ كِفَايَةٍ فَكَانَ إقَامَةُ فَرْضِ الْعَيْنِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا أَوْلَى
وَيَعُودُ الْمَرِيضَ أَيْضًا لِأَنَّ ذلك حَقُّ الْمُسْلِمِينَ على الْمُسْلِمِينَ فَلَا يَلْحَقُهُ التُّهْمَةُ بِإِقَامَتِهِ وَيُسَلِّمُ على الْخُصُومِ إذَا دَخَلُوا الْمَحْكَمَةَ لِأَنَّ السَّلَامَ من سُنَّةِ الْإِسْلَامِ وكان شُرَيْحٌ يُسَلِّمُ على الْخُصُومِ لَكِنْ لَا يَخُصُّ أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ بِالتَّسْلِيمِ عليه دُونَ الْآخَرِ وَهَذَا قبل جُلُوسِهِ في مَجْلِسِ الْحُكْمِ
فَأَمَّا إذَا جَلَسَ لَا يُسَلِّمُ عليهم وَلَا هُمْ يُسَلِّمُونَ عليه أَمَّا هو فَلَا يُسَلِّمُ عليهم لِأَنَّ السُّنَّةَ أَنْ يُسَلِّمَ الْقَائِمُ على الْقَاعِدِ لَا الْقَاعِدُ على الْقَائِمِ وهو قَاعِدٌ وَهُمْ قِيَامٌ
وَأَمَّا هُمْ فَلَا يُسَلِّمُونَ عليه لِأَنَّهُمْ لو سَلَّمُوا عليه لَا يَلْزَمُهُ الرَّدُّ لِأَنَّهُ اشْتَغَلَ بِأَمْرٍ هو أَهَمُّ وَأَعْظَمُ من رَدِّ السَّلَامِ فَلَا يَلْزَمُهُ الِاشْتِغَالُ
كَذَا ذَكَرَ الْفَقِيهُ أبو جَعْفَرٍ الْهِنْدُوَانِيُّ في رَجُلٍ يَقْرَأُ الْقُرْآنَ فَدَخَلَ عليه آخَرُ أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي له أَنْ يُسَلِّمَ عليه
وَلَوْ سَلَّمَ عليه لَا يَلْزَمُهُ الْجَوَابُ
وَكَذَا الْمُدَرِّسُ إذَا جَلَسَ لِلتَّدْرِيسِ لَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يُسَلِّمَ عليه
وَلَوْ سَلَّمَ لَا يَلْزَمُهُ الرَّدُّ لِمَا قُلْنَا بِخِلَافِ الْأَمِيرِ إذَا جَلَسَ فَدَخَلَ عليه الناس أنهم يُسَلِّمُونَ عليه وهو السُّنَّةُ وَإِنْ كان سَلَاطِينُ زَمَانِنَا يَكْرَهُونَ التَّسْلِيمَ عليهم وهو خَطَأٌ منهم لِأَنَّهُمْ جَلَسُوا لِلزِّيَارَةِ وَمِنْ سُنَّةِ الزَّائِرِ التَّسْلِيمُ على من دخل عليه

وَأَمَّا الْقَاضِي فَإِنَّمَا جَلَسَ لِلْعِبَادَةِ لَا لِلزِّيَارَةِ فَلَا يُسَنُّ التَّسْلِيمُ عليه وَلَا يَلْزَمُهُ الْجَوَابُ إنْ سَلَّمُوا لَكِنْ لو أَجَابَ جَازَ
وَمِنْهَا أَنْ يَسْأَلَ الْقَاضِي عن حَالِ الشُّهُودِ فِيمَا سِوَى الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ وَإِنْ لم يَطْعَنْ الْخَصْمُ وهو من آدَابِ الْقَاضِي عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِظَاهِرِ الْعَدَالَةِ وَإِنْ كان جَائِزًا عِنْدَهُ فَلَا شَكَّ أَنَّ الْقَضَاءَ بِالْعَدَالَةِ الْحَقِيقِيَّةِ أَفْضَلُ وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَهُوَ من وَاجِبَاتِ الْقَضَاءِ
وَكَذَا إذَا طَعَنَ الْخَصْمُ عِنْدَهُ في غَيْرِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ وفي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ طَعَنَ أو لم يَطْعَنْ ثُمَّ الْقُضَاةُ من السَّلَفِ كَانُوا يَسْأَلُونَ بِأَنْفُسِهِمْ عن حَالِ الشُّهُودِ من أَهْلِ مَحَلَّتِهِمْ وَأَهْلِ سُوقِهِمْ وَإِنْ كان الشَّاهِدُ سُوقِيًّا مِمَّنْ هو أَتْقَى الناس وَأَوْرَعُهُمْ وَأَعْظَمُهُمْ أَمَانَةً وَأَعْرَفُهُمْ بِأَحْوَالِ الناس ظَاهِرًا وباطنا وَالْقُضَاةُ في زَمَانِنَا نُصِبُوا لِلْعَدْلِ تَيْسِيرًا لِلْأَمْرِ عليهم لِمَا يَتَعَذَّرُ على الْقَاضِي طَلَبُ الْمُعَدِّلِ في كل شَاهِدٍ فَاسْتَحْسَنُوا نَصْبَ الْعَدْلِ
ثُمَّ نَقُولُ لِلتَّعْدِيلِ شَرَائِطُ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْعَدْلِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى فِعْلِ

التَّعْدِيلِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَأَنْوَاعٌ منها الْعَقْلُ
وَمِنْهَا الْبُلُوغُ
وَمِنْهَا الْإِسْلَامُ
فَلَا يَجُوزُ تَعْدِيلُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ وَالْكَافِرِ
لِأَنَّ التَّزْكِيَةَ إن كانت تَجْرِي مَجْرَى الشَّهَادَةِ فَهَؤُلَاءِ لَيْسُوا من أَهْلِ الشَّهَادَةِ فَلَا يَكُونُونَ من أَهْلِ التَّزْكِيَةِ
وَإِنْ كانت من بَابِ الْإِخْبَارِ عن الدِّيَانَاتِ فَخَبَرُهُمْ في الدِّيَانَاتِ غَيْرُ مَقْبُولٍ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ فيه من الْعَدَالَةِ وَلَا عَدَالَةَ لِهَؤُلَاءِ
وَمِنْهَا الْعَدَالَةُ لِأَنَّ من لَا يَكُونُ عَدْلًا في نَفْسِهِ كَيْفَ يَعْدِلُ غَيْرَهُ
وَأَمَّا الْعَدَدُ فَلَيْسَ بِشَرْطِ الْجَوَازِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لَكِنَّهُ شَرَطُ الْفَضِيلَةِ وَالْكَمَالِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ شَرْطُ الْجَوَازِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ التَّزْكِيَةَ في مَعْنَى الشَّهَادَةِ لِأَنَّهُ خَبَرٌ عن أَمْرٍ غَابَ عن عِلْمِ الْقَاضِي وَهَذَا مَعْنَى الشَّهَادَةِ فَيُشْتَرَطُ لها نِصَابُ الشَّهَادَةِ
وَلَهُمَا أَنَّ التَّزْكِيَةَ لَيْسَتْ بِشَهَادَةٍ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ فيه لَفْظُ الشَّهَادَةِ فَلَا يَلْزَمُ فيها الْعَدَدُ على أَنَّ شَرْطَ الْعَدَدِ في الشَّهَادَاتِ ثَبَتَ نَصًّا غير مَعْقُولِ الْمَعْنَى فِيمَا يُشْتَرَطُ فيه لَفْظُ الشَّهَادَةِ فَلَا يَلْزَمُ مُرَاعَاةُ الْعَدَدِ فِيمَا وَرَاءَهُ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الْعَدَدُ في التُّرْجُمَانِ وَحَامِلِ الْمَنْشُورِ أَنَّهُ ليس بِشَرْطٍ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ شَرْطٌ وَعَلَى هذا الْخِلَافِ حُرِّيَّةُ الْمُعَدِّلِ وَبَصَرُهُ وَسَلَامَتُهُ عن حَدِّ الْقَذْفِ أَنَّهُ ليس بِشَرْطٍ عِنْدَهُمَا فَتَصِحُّ تَزْكِيَةُ الْأَعْمَى وَالْعَبْدِ وَالْمَحْدُودِ في الْقَذْفِ
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ شَرْطٌ فَلَا تَصِحُّ تَزْكِيَتُهُمْ لِأَنَّ التَّزْكِيَةَ شَهَادَةٌ عِنْدَهُ فَيُشْتَرَطُ لها ما يُشْتَرَطُ لِسَائِرِ الشَّهَادَاتِ وَعِنْدَهُمَا لَيْسَتْ بِشَهَادَةٍ فَلَا يُرَاعَى فيها شَرَائِطُ الشَّهَادَةِ لِمَا قُلْنَا

وَأَمَّا الذُّكُورَةُ فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِجَوَازِ التَّزْكِيَةِ فَتَجُوزُ تَزْكِيَةُ الْمَرْأَةِ إذَا كانت إمْرَأَةً تَخْرُجُ لِحَوَائِجِهَا وَتُخَالِطُ الناس فَتَعْرِفُ أَحْوَالَهُمْ وَهَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ على أَصْلِهَا لِأَنَّ هذا من بَابِ الْإِخْبَارِ عن الدِّيَانَاتِ وَهِيَ من أَهْلِهِ
وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَتُقْبَلُ تَزْكِيَتُهَا فِيمَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهَا فَتَصِحُّ تَزْكِيَتُهَا فِيمَا يُقْبَلُ فيه شَهَادَةُ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ وَتَجُوزُ تَزْكِيَةُ الْوَلَدِ لِلْوَالِدِ وَالْوَالِدِ لِلْوَلَدِ وَكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْعَدْلِ في التَّعْدِيلِ إنَّمَا هو حَقُّ الْمُدَّعِي فَلَا يُوجِبُ تُهْمَةً فيه
وَهَذَا يُشْكِلُ على أَصْلِ مُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ يُجْرِي التَّعْدِيلَ مَجْرَى الشَّهَادَةِ وَشَهَادَةُ الْوَالِدِ لِوَلَدِهِ وَعَكْسُهُ لَا تُقْبَلُ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ المزكي مَشْهُودًا عليه فَإِنْ كان لم تُعْتَبَرْ تَزْكِيَتُهُ وَيَجِبُ السُّؤَالُ وَهَذَا تَفْرِيعٌ على مَذْهَبِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ فِيمَا سِوَى الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ بِنَاءً على أَنَّ الْمَسْأَلَةَ ما وَجَبَتْ حَقًّا لِلْمَشْهُودِ عليه عِنْدَهُمَا وَإِنَّمَا وَجَبَتْ حَقًّا لِلشَّرْعِ وَحَقُّ الشَّرْعِ لَا يَتَأَدَّى بِتَعْدِيلِهِ لِأَنَّ في زَعْمِ الْمُدَّعِي وَالشُّهُودِ أَنَّهُ كَاذِبٌ في إنْكَارِهِ فَلَا يَصِحُّ تَعْدِيلُهُ
وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ السُّؤَالُ فِيمَا سِوَى الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ حَقُّ الْمَشْهُودِ عليه وَحَقُّ الْإِنْسَانِ لَا يُطْلَبُ إلَّا بِطَلَبِهِ فما لم يَطْعَنْ لَا يَتَحَقَّقُ الطَّلَبُ فَلَا تَجِبُ الْمَسْأَلَةُ
وَذَكَرَ في كِتَابِ التَّزْكِيَةِ أَنَّ الْمَشْهُودَ عليه إذَا قال لِلشَّاهِدِ هو عَدْلٌ لَا يكتفي بِهِ ما لم يَنْضَمَّ إلَيْهِ آخَرُ على قَوْلِ مُحَمَّدٍ فَصَارَ عن مُحَمَّدٍ رِوَايَتَانِ في رِوَايَةٍ لَا تُعْتَبَرُ أَصْلًا وفي رِوَايَةٍ يُقْبَلُ تَعْدِيلُهُ إذَا انْضَمَّ إلَيْهِ غَيْرُهُ
وَأَمَّا الثَّانِي الذي يَرْجِعُ إلَى فِعْلِ التَّعْدِيلِ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ الْمُعَدِّلُ في التَّعْدِيلِ هو عَدْلٌ جَائِزُ الشَّهَادَةِ حتى لو قال هو عَدْلٌ ولم يَقُلْ جَائِزُ الشَّهَادَةِ لَا يُقْبَلُ تَعْدِيلُهُ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْإِنْسَانُ عَدْلًا في نَفْسِهِ وَلَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ كَالْمَحْدُودِ في الْقَذْفِ إذَا تَابَ وَصَلَحَ وَالْعَبْدُ الصَّالِحُ
وَكَذَلِكَ إذَا قال في الرَّدِّ هو ليس بِعَدْلٍ لَا يَرُدُّ ما لم يَقُلْ هو غَيْرُ جَائِزِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ غير الْعَدْلِ وهو الْفَاسِقُ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ إذَا تَحَرَّى الْقَاضِي الصِّدْقَ في شَهَادَتِهِ وَلَوْ قَضَى بِهِ الْقَاضِي يَنْفُذُ
وَمِنْهَا أَنْ يَسْأَلَ الْمُعَدِّلَ في السِّرِّ أَوَّلًا فَإِنْ وَجَدَهُ عَدْلًا يَعْدِلُهُ في الْعَلَانِيَةِ أَيْضًا وَيَجْمَعُ بين المزكي وَالشُّهُودِ وَبَيْنَ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عليه في تَعْدِيلِ الْعَلَانِيَةِ وَإِنْ لم يَجِدْهُ عَدْلًا يقول لِلْمُدَّعِي زِدْ في شُهُودِكَ وَلَا يَكْشِفُ عن حَالِ الْمَجْرُوحِ سَتْرًا على الْمُسْلِمِ وَلَا يَكْتَفِي بِتَعْدِيلِ السِّرِّ خَوْفًا من الِاحْتِيَالِ وَالتَّزْوِيرِ بِأَنْ يُسَمِّيَ غير الْعَدْلِ بِاسْمِ الْعَدْلِ فَكَانَ الْأَدَبُ هو التَّزْكِيَةُ في الْعَلَانِيَةِ بَعْدَ التَّزْكِيَةِ في السِّرِّ
وَلَوْ اخْتَلَفَ الْمُعَدِّلَانِ فَعَدَّلَهُ أَحَدُهُمَا وَجَرَّحَهُ الْآخَرُ سَأَلَ الْقَاضِي غَيْرَهُمَا فَإِنْ عَدَّلَهُ آخَرُ أَخَذَ بِالتَّزْكِيَةِ وَإِنْ جَرَّحَهُ آخَرُ أَخَذَ بِالْجَرْحِ لِأَنَّ خَبَرَ الِاثْنَيْنِ أَوْلَى من خَبَرِ الْوَاحِدِ بِالْقَبُولِ لِأَنَّهُ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ وَإِنْ انْضَمَّ إلَى كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَجُلٌ آخَرُ فَعَدَّلَهُ اثْنَانِ وَجَرَّحَهُ اثْنَانِ عَمِلَ بِالْجَرْحِ لِأَنَّ الْجَارِحَ يَعْتَمِدُ حَقِيقَةَ الْحَالِ وَالْمُعَدِّلُ يَبْنِي الْأَمْرَ على الظَّاهِرِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ من حَالِ الْإِنْسَانِ أَنْ يُظْهِرَ الصَّلَاحَ وَيَكْتُمَ الْفِسْقَ
فَكَانَ قَبُولُ قَوْلِ الْجَارِحِ أَوْلَى
كَذَلِكَ لو جَرَّحَهُ اثْنَانِ وَعَدَّلَهُ ثَلَاثَةٌ أو أَرْبَعَةٌ أو أَكْثَرُ يَعْمَلُ بِقَوْلِ الْجَارِحِ لِأَنَّ التَّرْجِيحَ لَا يَقَعُ بِكَثْرَةِ الْعَدَدِ في بَابِ الشَّهَادَةِ
وَمِنْهَا أَنْ يَجْلِسَ معه جَمَاعَةٌ من أَهْلِ الْفِقْهِ يُشَاوِرُهُمْ وَيَسْتَعِينُ بِرَأْيِهِمْ فِيمَا

يَجْهَلُهُ

(7/11)